

**Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung
(Art. 697 OR)
unter besonderer Berücksichtigung des Rechts
der Unternehmenszusammenfassungen**

Ein Beitrag zum Problem
der aktienrechtlichen Publizität und des aktienrechtlichen
Minderheitenschutzes

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von

HEINZ F. WYSS

von Hessigkofen / SO

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiss



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung
(Art. 697 OR)
unter besonderer Berücksichtigung des Rechts
der Unternehmenszusammenfassungen**

Ein Beitrag zum Problem
der aktienrechtlichen Publizität und des aktienrechtlichen
Minderheitenschutzes

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von

HEINZ F. WYSS

von Hessigkofen / SO

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. Februar 1953.

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel



Diese Arbeit erscheint auch als

Heft 183

der «Zürcher Beiträge zur
Rechtswissenschaft»

Meinem Vater

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	8
Literaturverzeichnis	10
Einleitung	17

Allgemeiner Teil

1. Kap. Rechtliche Grundlage und Charakter des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung	21
I. Terminologie und Abgrenzung der Aufgabe	21
1. Zur Terminologie	21
2. Zur Entstehungsgeschichte von Art. 697	24
3. Abgrenzung der Aufgabe	26
a) Kontrollrechte der Gläubiger	27
b) Das Recht der GV auf Auskunftserteilung	29
c) Das Recht der Minderheit auf Auskunftserteilung	36
d) Weitere Abgrenzungen	39
II. Die rechtliche Grundlage	41
III. Rechtlicher Charakter im allgemeinen	45
2. Kap. Die Subjekte des Rechts auf Auskunftserteilung	54
I. Der Anspruch auf Auskunftserteilung	54
1. Die Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung mit eigenen Aktien	55
2. Die Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung mit fremden Aktien	56
II. Die Pflicht zur Auskunftserteilung	61
1. Die Kontrollstelle	61
2. Die Verwaltung	67
3. Die Liquidatoren	70
4. Die Pflicht zur Auskunftserteilung als Folge der Organfunktion	71
5. Die Pflicht zur Auskunftserteilung in der Praxis	73
III. Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit der zur Auskunftserteilung verpflichteten Organe	76
1. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit	78
2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit	80
3. Kap. Umfang und Schranken der aktienrechtlichen Auskunftserteilung	84
I. Die Auffassungen der Literatur	84
II. Die positiven Grundlagen der Auskunftserteilung	86
1. Positive Grundlagen im Gesetz	87
2. Positive Grundlagen in den Statuten	91

III. Die Notwendigkeit einer weitergehenden Auskunftserteilung	92
1. Die Unzulänglichkeit der allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmittel	93
2. Die Unzulänglichkeit des Kontrollrechts der Revisoren	99
3. Die Machtlosigkeit des Minderheitsaktionärs	100
IV. Der Umfang der Auskunftserteilung	106
1. Die Auskunftserteilung bei Gründung der AG	108
2. Die Auskunftserteilung während der Geschäftstätigkeit der AG	112
a) Die Auskunftserteilung unter ordentlichen Verhältnissen	112
b) Die Auskunftserteilung unter außerordentlichen Verhältnissen	125
3. Die Auskunftserteilung bei Auflösung der AG	135
a) Liquidation	136
b) Fusion	137
c) Umwandlung und Verstaatlichung	141
4. Die Auskunftserteilung über die stillen Reserven	142
a) Begriff und Bedeutung der stillen Reserven	143
b) Die gesetzliche Regelung der Auskunftserteilung	146
V. Die Schranken der Auskunftserteilung	152
1. Die Schranke des Gesellschaftsgeheimnisses	154
a) Allgemeines	154
b) Absolute Gesellschaftsgeheimnisse	156
c) Relative Gesellschaftsgeheimnisse	157
2. Die Schranke des Mißbrauchs	160
a) Die sog. Treuepflicht des Aktionärs	160
b) Die Möglichkeit der Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs	164
c) Die Schranke von Art. 2 ZGB	169
3. Die gerechtfertigte Verweigerung der Auskunftserteilung	172
VI. Ergebnisse	183
1. Gesellschaftsschutz oder Aktionärsschutz?	184
a) Schutz der Gesellschaft	184
b) Schutz der Aktionäre	187
c) Die Tendenzen des schweizerischen Aktienrechts	188
d) Grundsätzliche Stellungnahme	189
2. Der materielle Inhalt des Rechts auf Auskunftserteilung	192
4. Kap. Ausübung und Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung	204
I. Das Recht auf Auskunft (Art. 697 I)	205
1. Die juristische Natur des Auskunftsrechts	205
2. Zeitpunkt und Art der Ausübung	207
II. Das Recht auf Einsicht (Art. 697 II)	210
1. Die juristische Natur des Einsichtsrechts	210
2. Voraussetzungen der Ausübung	211
3. Zeitpunkt und Art der Ausübung	213

	Seite
III. Das Klagerecht auf Auskunftserteilung (Art. 697 III) . . .	216
1. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Aufschlußpflicht . . .	216
2. Juristische Natur und Zweck des Klagerechts . . .	220
3. Die Klagevoraussetzungen	222
4. Zeitpunkt und Art der Ausübung	225
5. Inhalt und Grenzen der richterlichen Auskunftserteilung . . .	229
6. Reform des Prozeßverfahrens?	234
<i>Besonderer Teil</i>	
5. Kap. Die aktienrechtliche Auskunftserteilung in Unternehmenszusammenfassungen	240
I. Allgemeines	240
II. Publizitätsprobleme	246
1. In Subordinationsverhältnissen, insbesondere die Konzernpublizität	246
2. In Koordinationsverhältnissen, insbesondere die Kartellpublizität	253
III. Grundlegung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung in Unternehmenszusammenfassungen	257
IV. Die Ausgestaltung der Auskunftserteilung	266
1. Die Auskunftserteilung in Subordinationsverhältnissen . . .	266
a) Die Auskunftserteilung in der GV der herrschenden Gesellschaft	270
b) Die Auskunftserteilung in der GV der abhängigen Gesellschaft	273
c) Der Umfang der Auskunftserteilung in Subordinationsverhältnissen	275
2. Die Auskunftserteilung in Koordinationsverhältnissen . . .	279
a) Die Auskunftserteilung in konzernrechtlichen Koordinationsverhältnissen	279
b) Die Auskunftserteilung in kartellrechtlichen Koordinationsverhältnissen	282
c) Der Umfang der Auskunftserteilung in Koordinationsverhältnissen	290
V. Zusammenfassung	292
Schlußfolgerungen de lege ferenda	295

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AG	Aktiengesellschaft
Bericht I	Bericht von Eugen Huber zu Entw. I, Bern 1920
Bericht II	Bericht von A. Hoffmann zu Entw. II, Bern 1923
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung, Lausanne
BkG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934
Botschaft	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928
Bulletin	Bulletin de la Société de législation comparée, Paris
CA	Companies Act (England) vom 10. Mai 1929
C.civ.it.	Il nuovo Codice Civile (Italien) vom 16. März 1942
C.com.it.	Codice di Commercio del Regno d'Italia vom 2. April 1882
DAG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (deutsches Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937
D.Entw. 1930	Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, nebst erläuternden Bemerkungen (Erl. Bem.), Berlin 1930
D.Entw. 1931	Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1931
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin
Entw. I	Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechts vom Dezember 1919
Entw. II	II. Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechts vom Dezember 1923
Entw. III	Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
HGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland) vom 10. Mai 1897
HRegVO	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
JT	Journal des Tribunaux et revue judiciaire, Lausanne
JW	Juristische Wochenschrift, Berlin
KVO	Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen (deutsche Kartellverordnung) vom 2. November 1923
NBkG	Bundesgesetz über die schweizerische Nationalbank vom 7. April 1921
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936

aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 24. Juni 1881
PGR	Liechtensteinisches Zivilgesetzbuch: Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926
Protokoll	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel XXIV—XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1926
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Berlin und Leipzig
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin und Leipzig
s.	section (Art. des CA)
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SchUeB	Schluß- und Uebergangsbestimmungen zum OR
Semjud	La Semaine judiciaire, journal des tribunaux, Lausanne
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
Sten.Bull. N.R.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Bern
Sten.Bull. St.R.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, Bern
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
VVO BkG	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Banken und Sparkassen vom 26. Februar 1935
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht, Berlin
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern
Z.f.a.i.P.R.	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHK	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Stuttgart
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge (NF), Basel

Die ohne weitere Angabe zitierten Gesetzesartikel sind solche des OR. Ihre Absätze werden mit römischen Ziffern bezeichnet.

LITERATURVERZEICHNIS

(Abgeschlossen Ende 1952)

- Aeppli, Oswald: Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (Art. 152 des schweizerischen Strafgesetzbuches), Diss. Zürich 1941.
- Arnold, Anton: Die Aufschlußpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber der Generalversammlung nach deutschem Aktienrecht, Diss. Straßburg 1907.
- Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen:
1. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne, Berlin 1928 (zit. Ausschuß I)
3. Teil: Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmen und Konzerne (Generalbericht), Berlin 1930 (zit. Ausschuß III).
- Bachmann, G.: Die Sonderrechte des Aktionärs, Diss. Zürich 1901 (zit. Bachmann, Sonderrechte).
- Aktiengesellschaft und Genossenschaften im Kommentar Schneider/Fick zum schweiz. Obligationenrecht, Zürich 1915.
- Ballantine, Henry Winthrop: On corporations, Chicago 1927.
- Beer, Max: Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, Diss. Bern 1944.
- Bertsch, Wilfried: Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947.
- Bez, Hedwig: Bilanzpublizität und Unternehmerinteresse bei der industriellen AG, Diss. Frankfurt a. M. 1936.
- Bieri, Hildegard: Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle, Diss. Bern 1941.
- Biggel, Hans: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäß Art. 673 ff. OR / 754 ff. rev. OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und italienischen Rechts, Diss. Zürich 1940.
- Bossard, Ernst: Die Reserven der Aktiengesellschaft im neuen Obligationenrecht, Diss. Bern 1940.
- Brodman, Erich: Kommentar zum Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928.
- Brunner, Hanspeter: Zwangskartelle, Rechtsverhältnisse von Zwangskartellen in der Schweiz und in Deutschland, Diss. Zürich 1936.
- Bürgi, F. W.: Die Aktiengesellschaft, b) Abschnitt 2—8. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 5. Teil, 1.—3. Lieferung, Zürich 1947/48/49.
- Burki, Otto: Pflichtprüfung und Verantwortlichkeit der Pflichtprüfer nach schweizerischem Bankengesetz und revidiertem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1942.
- Capitaine, Georges: Le statut des sociétés holdings en Suisse, ZSR 62 NF (1943) 1 a ff.
- Cosack, Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., Stuttgart 1930.
- Dech, Johannes: Das Recht des Aktionärs auf Auskunft, Diss. Köln 1938.
- Decugis, Henri: Traité pratique des sociétés par actions, 7e éd., Paris 1931.

- Düringer/Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, III. Bd., 1. Teil, Einleitung und § 178 –230 a (erläutert von Bing, Flechtheim und Hachenburg), 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1934; 2. Teil, § 250 –259 (erläutert von Lehmann), 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1933.
- Egger, A.: Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 45 NF (1926) 1 ff. (zit. Egger, Schranken).
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd., Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.
- Egger, J. G.: Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs, 2. Aufl., Berlin 1930.
- Eggmann, Emil: Der Staat und die Kartelle. Eine international vergleichende Untersuchung, Diss. Zürich 1945.
- Ehrenberg, Victor: Wahrheit und Offenheit im Aktienrecht, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, II. Folge, Bd. 15 (1907) 291 ff.
- Fehr, Hans: Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht. Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für K. Wieland), Basel 1934, 66 ff.
- Fillié, Hans-Hermann: Die Auskunftspflicht des Vorstandes der Aktiengesellschaft in der Generalversammlung, Diss. Erlangen 1931.
- Fischer, Gerhard: Die Auskunftserteilung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft nach geltendem Recht und nach dem Aktienrechtsentwurf, Diss. Halle-Wittenberg 1933.
- Fischer, R.: Das Aktienrecht im Handbuch des gesamten Handelsrechts (Ehrenberg), III. Bd., 1. Abt., Leipzig 1916, 298 ff.
- Frankenberg, Philipp: Die konzernmäßige Abhängigkeit rechtsvergleichend dargestellt unter Berücksichtigung des neuesten schweizerischen und deutschen Aktienrechts, sowie des englischen Rechts, Diss. Zürich 1937.
- Friedländer, Heinrich: Konzernrecht, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.
- Fromer, Léon: Die Treuepflicht des Aktionärs, ZSR 58 NF (1939) 210 ff.
- Fügart, Carl: Das Recht des Aktionärs auf Auskunft. Ein Beitrag zur Lehre von den Sonderrechten des Aktionärs, Diss. Erlangen 1928.
- Gadow, W.: Großkommentare der Praxis, Aktiengesetz (§ 1—69, 125—130, 169—174), Berlin 1939.
- Gamma, Rudolf: Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Bern 1944.
- Gloor, Max O.: Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften, Diss. Zürich 1943.
- Godin v. Wilhelmi: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937, Berlin/Leipzig 1937.
- Goldschmidt, Robert: Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Heft 12, St. Gallen 1937.
- Graner, Paul: Die Revision, Ueberwachung und Kontrolle nach rev. Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1938 (zit. Graner, Revision).
- Stellung, Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem revidierten Obligationenrecht, SAG 11 (1938/39) 117 ff., 145 ff. und 173 ff. (zit. Graner, Kontrollstelle).
- Grünpeter, Sigurd: Das Auskunftsrecht des Einzelaktionärs nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Aktienrechtsentwürfe, Diss. Basel 1934 (in Maschinenschrift).

- Gysin, Arnold: Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, ZSR 49 NF (1930) 364 ff.
- Haft er, Ernst: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Erste und Zweite Hälfte, Berlin 1937 und 1943.
- Hagmann, Werner: Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1939.
- Hallstein, Walter: Die Aktienrechte der Gegenwart, Berlin 1931.
- Haußmann, Fritz: Die Tochtergesellschaft. Eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus, Berlin 1923 (zit. Haußmann, Tochtergesellschaft).
- Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim/Berlin/Leipzig 1926 (zit. Haußmann, Grundlegung).
- Heilbrunn, Otto: Jahresabschluß, Geschäftsbericht und Kontrollstelle im Entwurf von 1928, Abh. zum schweiz. Recht NF 89, Bern 1933 (zit. Heilbrunn, Jahresabschluß).
- Geschäftsbericht und Jahresabschluß der Aktiengesellschaft, SAG 10 (1937/38) 161 ff., 183 ff. und 215 ff. (zit. Heilbrunn, Geschäftsbericht).
- Heinitz, E.: Die Rechte des Vorsitzenden, der Mehrheit und des einzelnen Aktionärs in der Generalversammlung der Aktionäre, DJZ 22 (1917) 197 ff.
- Henggeler, J. u. E.: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937 (zit. Henggeler, Verantwortlichkeit).
- Henggeler, J.: Das Kontrollrecht der Aktionäre nach OR 696/97, SAG 12 (1939/40) 153 ff., 181 ff. und 206 ff. (zit. Henggeler, Kontrollrecht).
- Hensel, Eduard: Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1942.
- Herold, Christian: Zivil- und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes, Diss. Bern 1935.
- His, Eduard: Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung (OR 927—964). Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII, Obligationenrecht, 4. Abt., Bern 1940.
- Hofer, Hermann: Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates. Ein Vergleich, Diss. Bern 1944.
- Horowitz, Hugo: Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1913 (zit. Horowitz, Recht der GV).
- Das Recht des Aktionärs auf Auskunft in der Generalversammlung, JW 45 (1916) 887 ff. (zit. Horowitz, Auskunft).
- Huber, Franz: Der Schutz der Obligationäre nach den Entwürfen zum OR, Diss. Bern 1936.
- Hug, Walther: Zur Revision des schweiz. Aktienrechts, Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Heft 7, St. Gallen 1934 (zit. Hug, Revision).
- Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, SJZ 37 (1940/41) 321 ff. und 344 ff. (zit. Hug, Organisation).
- Janggen, A.: Das Recht der Aktionäre und die Pflicht der Verwaltung auf Auskunft, SJZ 27 (1930/31) 209 ff.
- Janggen/Becker: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (OR 772—827). Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII, Obligationenrecht, 3. Abt., Bern 1939.

- Indermaur, Max:** Die Minoritätenrechte im Aktienrecht. Rechtsvergleichen-
de Darstellung, Diss. Zürich 1928.
- Joß, Robert Willy:** Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen
Recht. Ein Beitrag zum Recht der Unternehmenszusammenfassungen, Diss.
Zürich 1935.
- Klausing, Friedr.:** Reform des Aktienrechts, Berlin/Wien 1933.
- Klein, F.:** Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechtes der
Erwerbsgesellschaften, Berlin 1914.
- Klostermann, Franz:** Das Recht des Aktionärs auf Auskunft, Diss. Köln
1928.
- Kohli, Kurt:** Aktiengesellschaft und Unternehmen, Diss. Bern 1936.
- Landolt, Emil:** Beiträge zum Rechte der Generalversammlung, Diss. Zürich
1922.
- Lasserre, Claude:** Le contrôle de la gestion, l'examen de la situation et le se-
cret des affaires dans les sociétés du CO. Etude de droit privé suisse, Lau-
sanne, 1945.
- Lehmann, Karl:** Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum
Code de Commerce, Berlin 1895 (zit. Lehmann, Geschichte).
— Das Recht der Aktiengesellschaften, 2 Bde., Berlin 1898 und 1904 (zit.
Lehmann, Recht der AG I und II).
- Lehner, Othmar:** Die Aufschlußpflicht des Verwaltungsrates gegenüber den
Aktionären, Diss. Freiburg 1932.
- Leitz, Franz:** Die Publizität der Aktiengesellschaft, Diss. Frankfurt a. M. 1930.
- Liefmann, Robert:** Die Unternehmungen und ihre Zusammenschlüsse:
Bd. I: Die Unternehmungsformen, 4. Aufl., Stuttgart 1928,
Bd. II: Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Aufl. Stuttgart 1930.
- Locher, Kurt:** Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubi-
ger im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 1941.
- Lütschg, Rolf:** Fragen des internationalen Kartellrechts, insbesondere die
Bindung der Kartellmitglieder, Diss. Bern 1939.
- Marcuse:** Die Beantwortung von Fragen der Aktionäre in der Generalver-
sammlung, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 6 (1912) 600 ff.
- Moser, Eduard:** Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem,
sowie nach deutschem und italienischem Recht, Diss. Zürich 1945.
- Muheim, Anton:** Die Publizitätspflichten der Aktiengesellschaften und Ban-
ken im allgemeinen, Diss. Bern 1940.
- Müller, Walter:** Das Bilanzrecht der schweizerischen Banken, Diss. Zürich
1938.
- Müller-Erbach, Rudolf:** Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1927
(zit. Müller-Erbach, Handelsrecht).
— Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungs-
voller Großaktionäre, Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen (Nußbaum),
Heft 11, Berlin 1929 (zit. Müller-Erbach, Umgestaltung).
- Naegeli, Eduard:** Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der
Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deut-
chem und schweizerischem Recht:
Bd. I: Rechtssoziologischer Teil, Zürich/Berlin 1936,
Bd. II: Dogmatischer Teil, 1. Hälfte, Zürich 1941.
- Nahrath, Charles:** Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem
Recht, Diss. Bern 1933.
- Neidhardt, Erich:** Das Einsichtsrecht des Aktionärs, Diss. Zürich 1930.

- Nell-Breuning, Oswald v.: Aktienreform und Moral. Die sittliche Seite der Aktienrechtsform, Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen (Nußbaum), Heft 13, Berlin 1930.
- Netter, Oscar: Die aktienrechtliche Auskunftspflicht, Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen (Nußbaum), Heft 10, Berlin 1928 (zit. Netter, Auskunftspflicht).
- Zur aktienrechtlichen Theorie des «Unternehmens an sich», Festschrift für Albert Pinner, Berlin und Leipzig 1932, III. Teil, 507 ff. (zit. Netter, Theorie).
- Oppikofer, Hans: Das Unternehmensrecht, Tübingen 1927.
- Palmer/Topham: Company Law, 11th ed., London 1921.
- Passow, Richard: Die Aktiengesellschaft. Eine wirtschafts-wissenschaftliche Studie, 2. Aufl., Jena 1922 (zit. Passow, AG).
- Betrieb, Unternehmen, Konzern. Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, Heft 11, Jena 1925 (zit. Passow, Betrieb).
- Peyer, Rudolf: Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944.
- Pinner, Albert: Nachtrag zur 12. und 13. Aufl. von Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1932.
- Rasch, Harold: Deutsches Konzernrecht, Berlin 1944.
- Rathenau, W.: Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, Berlin 1917.
- Ring/Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaft, Berlin/Leipzig 1929.
- Rolf, Gerhard: Die Auskunftspflicht des Vorstandes einer AG gegenüber der Generalversammlung mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts. Eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Köln 1927.
- Ronner, Max: Aufsicht und Prüfung im Recht der Aktiengesellschaft. Ein Beitrag zur Reform des Aktienrechts, Diss. Zürich 1936.
- Rosendorff, Richard: Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin/Wien 1927 (zit. Rosendorff, Organisation).
- Das neue deutsche Aktienrecht, Berlin/Wien 1932 (zit. Rosendorff, Aktienrecht).
- Rosenstiel, Alex v.: Das Recht des Aktionärs auf Auskunft in der Generalversammlung, Diss. Greifswald 1918.
- Schaffner, Jakob: Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung, Diss. Bern 1940.
- Schärer, Max: Die Natur des Kartellvertrages nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1917.
- Schlatter, Karl: Die Ein- und Austrittsfreiheit von Kartellmitgliedern, Diss. Zürich 1933.
- Schlegelberger/Quassowski: Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, Berlin 1937.
- Schucany, Emil: Kommentar zum schweiz. Aktienrecht, Zürich 1940.
- Schuler, Paul: L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes, Thèse Neuchâtel 1937.
- Schumacher, Jost: Bilanzprüfung der Aktiengesellschaft nach revidiertem Obligationenrecht und Bankengesetz, Diss. Bern 1940.
- Senarclens, Jean de: Les réserves des sociétés anonymes, Thèse Genève 1943.
- Siegwart, A.: Das Buchführungs- und Bilanzrecht im Entwurf zum Obligationenrecht, ZSR 45 NF (1926) 193 a ff. (zit. Siegwart, Buchführung).
- Die Personengesellschaften (Art. 530—619). Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 4. Teil, Zürich 1938.

- Die Aktiengesellschaft. Allg. Bestimmungen (Art. 620—659). Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 5. Teil, Zürich 1945.
- Sontag, Ernst: Die Aktiengesellschaften im Kampfe zwischen Macht und Recht, Berlin 1918.
- Spieß, Arnold: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts. Ein Beitrag zur Frage des Minderheitenschutzes, Diss. Zürich 1941.
- Staub/Pinner: Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band (§ 178—342), 12. und 13. Aufl., Berlin/Leipzig 1926.
- Steiger, F. v.: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1946.
- Steiger, Werner v.: Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 62 NF (1943) 195 a ff.
- Szücs, Elek: Der Schutz der Aktionäre nach den Entwürfen zum OR, Diss. Bern 1935.
- Trumpler, Hans: Die Bilanz der Aktiengesellschaft nach neuem Aktien- und Steuerrecht, Berlin/Leipzig 1937.
- Weiß, Gottfried: Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, SJZ 39 (1942/43) 513 ff. und 529 ff.
- Wieland, Alfred: Die Bedeutung des obligatorischen schriftlichen Geschäftsberichtes der Aktiengesellschaft für die Entlastung der Verwaltung, das Auskunftsrecht des Aktionärs und die Aufdeckung stiller Reserven, SJZ 38 (1941/42) 373 ff.
- Wieland, Karl: Handelsrecht im Systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft (Binding), 3. Abtl., 1. Teil:
Bd. I: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München und Leipzig 1921,
Bd. II: Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931.
- Wulfsohn, Léon: Etude sur le compte de profits et pertes dans la société anonyme, Thèse Lausanne 1939.
- Zimmermann, Harry: Die Jahresbilanz der Aktiengesellschaft, Zürich 1912 (zit. Zimmermann, Jahresbilanz).
- Buchführung, Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, sowie Geschäftsbericht im revidierten Obligationenrecht, ZSR 45 NF (1926) 1 a ff. (zit. Zimmermann, Buchführung).
- Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, «Die AG im neuen OR», Heft 9, Zürich 1946 (zit. Zimmermann, Grundfragen).
- Ferner: Statuten, Geschäftsreglemente, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Geschäftsberichte, Revisionsberichte, Börsenprospekte usw.

Die in das Literaturverzeichnis aufgenommenen Werke werden nur mit dem Namen ihres Verfassers zitiert, sofern nicht eine besondere Zitierweise angegeben ist.

Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

EINLEITUNG

Eine Untersuchung über das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung und die Auseinandersetzung mit den damit zusammenhängenden Fragen berühren zwangsläufig zwei große Problemkreise: die aktienrechtliche Publizität im allgemeinen und den aktienrechtlichen Minderheitenschutz.

Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung ist vorerst eine Folge des grundlegenden *Prinzips der Publizität*, welches als Gegengewicht zu der der AG innewohnenden Anonymität und der in ihr verwirklichten Kompetenzenverteilung zu den organischen und elementaren Funktionen der AG gehört. Die gesetzlichen Bestimmungen über einzelne Aufschlußverpflichtungen sind demgemäß nur Ausfluß dieses allgemeinen Prinzips, als dessen Auswirkungen in bestimmter Richtung sie sich darstellen, und ihre ausdrückliche Regelung erklärt sich nur aus der besonderen Bedeutung, die der Gesetzgeber ihnen beimaß. Es liegt deshalb auf der Hand, daß diese Einzelbestimmungen nicht für sich getrennt betrachtet werden können, sondern im Zusammenhang mit den allgemeinen Problemen untersucht und dargestellt werden müssen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, zur Auslegung und Ergänzung der speziellen Probleme des in Art. 697 statuierten Aufschlußrechts die allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmittel einleitend kurz zu streifen und daneben immer wieder auf die entsprechenden allgemeinen Publizitätsgrundsätze zurückzugreifen.

Die mit dem Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung zusammenhängenden Fragen berühren aber zugleich auch das weitschichtige Problem des *aktienrechtlichen Minderheitenschutzes*, m.a.W. das Problem des Rechts des Aktionärs auf Mitverwaltung und Kontrolle. Die Frage, inwieweit der einzelne Aktionär oder eine Minderheit an der Verwaltung und Kontrolle der AG teilhaben sollen oder in welchem Maße sie sich der Mehrheit zu unterwerfen haben, stellt eines der ältesten und strittigsten Probleme des Aktienrechtes dar, welches zu jeder Zeit eine andere Lösung gefunden hat und dessen Behandlung auch im Rahmen dieser Arbeit nicht vernachlässigt werden darf.

Beide Fragenkomplexe — die aktienrechtlichen Publizitätsprobleme als auch das Problem des Minderheitenschutzes im allgemeinen — spitzen sich auf die *Antithese* «Gesellschaftsschutz oder Aktio-

närsschutz» zu. Diesen überspitzten Gegensatz in seine Bestandteile zu zerlegen und eine *mögliche Synthese auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung* zu suchen, wird im besonderen Aufgabe dieser Arbeit sein. Dieser Aufgabe vermag sie aber nur gerecht zu werden, wenn neben der Behandlung der speziellen Fragen die mit diesen zusammenhängenden grundlegenden Probleme mitberücksichtigt werden, denn «nur die Beschäftigung mit den Grundformen ermöglicht es, Verbindungen und Ausgleiche zu schaffen, wo die juristischen und begrifflichen Argumente sich zu Tode laufen oder sich in formalen inhaltsleeren Antithesen verlieren»¹. Es wäre natürlich sehr verlockend, diese der vorliegenden Arbeit zugrundeliegenden allgemeinen Probleme vorgängig der Betrachtung der Einzelprobleme in einer zusammenfassenden Uebersicht zur Darstellung zu bringen. Leider ist dieser vielversprechenden Möglichkeit jedoch die Verwirklichung aus Raumgründen versagt — ganz abgesehen von der Erkenntnis, daß die mit der aktienrechtlichen Publizität und dem aktienrechtlichen Minderheitenschutz zusammenhängenden Probleme so vielgestaltig sind, daß ihre erschöpfende Darstellung in einer Arbeit kaum möglich wäre.

Dagegen darf anderseits nicht unterlassen werden, bestimmte, in bisherigen Arbeiten vernachlässigte oder überhaupt nicht behandelte Probleme ausführlicher zu untersuchen. Dazu gehört vor allem die Berücksichtigung gewisser neuerer Tendenzen, die einen großen Einfluß auf die Praxis des Aktienrechts haben, denn das Recht als Ordnung wirtschaftlicher Tatbestände kann nicht losgelöst von den es erzeugenden Faktoren betrachtet werden. Recht und Wirtschaft verhalten sich wie Form und Stoff und bedingen sich gegenseitig. Diese ständige Wechselwirkung darf vor allem im Aktienrecht, das in besonderem Maße durch eine enge Bindung an die außerhalb der spezifischen Rechtssphäre wirkenden tatsächlichen Kräfte gekennzeichnet ist, nicht außer acht gelassen werden, wenn nicht die Normen der Rechtsordnung in einen unüberbrückbaren Gegensatz zur Wirklichkeit gesetzt werden sollen. Die Spannung zwischen *Recht und Wirklichkeit* darf daher nie so groß werden, daß dadurch die Wirksamkeit der Rechtsordnung und ihre Geltung in Frage gestellt werden. Die AG ist als ein lebendiger Organismus bestimmter Art zu betrachten, dessen Lebensgesetze aus seiner Zweckbestimmung und aus den Zusammenhängen mit den allgemeinen Wirtschaftsvorgängen und Entwicklungstendenzen abzuleiten sind, denn «solange es ein Aktien-

¹ Haußmann, Aktienwesen, 5.

recht gibt, steht es in engster Wechselbeziehung zu der wirtschaftlichen Struktur seines Landes. Und wie ein Seismograph die tektonischen Erschütterungen ankündigt, so zeigt das Aktienrecht den Wandel und die Krisen des Wirtschaftslebens an»². Deshalb bedürfen die die Entwicklung des Aktienrechtes bestimmenden Faktoren in Anbetracht ihrer großen Bedeutung ständiger Berücksichtigung.

In der neueren Rechtslehre wird nicht unterlassen, dieses Wechselverhältnis zu beachten und zu betonen. Gerade die mit der aktienrechtlichen Auskunftserteilung zusammenhängenden beiden Problemkreise sind vornehmlich dem Einfluß der sich ständig wandelnden wirtschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen unterworfen, sodaß die in diesem Zusammenhang auftauchenden Rechtsfragen nur unter besonderer Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Entwicklungstendenzen in einer diesen Verhältnissen angepaßten Weise beantwortet werden können. Dabei muß als selbstverständlich vorausgesetzt werden, daß die auf diese Art erreichten Lösungsversuche der geltenden Rechtsordnung und insbesondere dem gesetzten Recht nicht widersprechen dürfen³.

Die die moderne AG hauptsächlich kennzeichnenden Faktoren sind die *Konzentrationsbewegung* und die Verlagerung des Schweregewichts von der GV auf die Verwaltung (*Erweiterung der Verwaltungsmacht*), welche beide auf die Ausgestaltung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung einen unmittelbaren Einfluß ausüben und dessen Notwendigkeit schlagartig beleuchten. Der Darstellung dieser überaus wichtigen Probleme und ihrer Auswirkungen auf die Stellung des Aktionärs muß daher besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden⁴. Daneben dürfen aber selbstverständlich auch die geistigen Strömungen in Wirtschaft und Aktienrecht nicht außer acht gelassen werden, denn von einer vorwiegend individualistischen oder anti-individualistischen Einstellung und Auffassung, bzw. von den diesen Tendenzen entsprechenden, mehr oder weniger nachhaltigen Einflüssen gehen naturgemäß ganz verschiedene Impulse aus⁵.

² Egger, SJZ 34 (1937/38) 2.

³ Vgl. zu diesen Fragen Lehmann, Geschichte, 17; Geiler, Karl: Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 68 (1927) 593 ff.; Nußbaum, JW 57 (1928) 628; Haußmann, Aktienwesen, 3 ff.; Sontag 3; Netter, Auskunftspflicht, 4 ff.; Fehr 66; Spieß 13 ff.

⁴ Vgl. zur Konzentrationsbewegung den besonderen Teil dieser Arbeit (hinten 240 ff.) und zur Erweiterung der Verwaltungsmacht insbesondere hinten 34 ff. und 100 ff.

⁵ Zu den entsprechenden Tendenzen des schweizerischen Aktienrechts hinten 188 ff., ferner 297/98.

Aufgabe dieser Arbeit wird es also sein, vorerst in einem allgemeinen Teil die Grundlagen, die Notwendigkeit und Ausgestaltung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung entsprechend dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen und unter angemessener fortlaufender Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze und der gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse darzustellen⁶. Da über dieses Gebiet teilweise verschiedene frühere Arbeiten vorliegen und einzelne Nebenfragen sich mit der Problemstellung anderer Arbeiten decken, rechtfertigt es sich, für gewisse periphere Probleme auf frühere Arbeiten zu verweisen, ohne darauf näher einzutreten. In einem besonderen Teil soll sodann über eines der wichtigsten aktienrechtlichen Probleme des 20. Jahrhunderts vom bisher noch nie behandelten Gesichtspunkt der aktienrechtlichen Auskunftserteilung aus gesprochen werden, wobei dort mangels anderweitiger Darstellung zuerst kurz auf die allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsprobleme im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenfassungen eingegangen werden muß. Die Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebungen in besonderem Zusammenhang muß im übrigen ebenfalls aus Raumgründen unterbleiben; sie findet jedoch natürlich dort sporadisch statt, wo sich ein rechtsvergleichender Exkurs aufdrängt. Dagegen wird selbstverständlich die maßgebende ausländische Literatur durchgehend berücksichtigt.

⁶ Dabei muß selbstverständlich grundsätzlich durchwegs von einer typisierten AG ausgegangen werden, da es schlechterdings unmöglich ist, die mannigfaltigen Erscheinungsformen der AG zu erfassen. Wo sich allerdings Unterscheidungen und Abstufungen als notwendig erweisen, wird von Fall zu Fall auf besondere Aktiengesellschaftsformen einzutreten sein.

Allgemeiner Teil

1. Kapitel

Rechtliche Grundlage und Charakter des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung

I. TERMINOLOGIE UND ABGRENZUNG DER AUFGABE

1. Zur Terminologie

Auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung herrscht ein heilloses Durcheinander von Begriffen und Benennungen. Eine Klärung der uneinheitlichen Terminologie ist daher unumgänglich, um dadurch einen grundsätzlichen terminologischen Ausgangspunkt für die späteren Ausführungen zu gewinnen.

In der bisherigen Literatur und Rechtsprechung wurden Kontrollrecht, Aufsichtsrecht, Aufschlußrecht, Offenlegungsrecht, Informationsrecht, Auskunftsrecht, Einsichtsrecht, Fragerecht und wie alle diese oft willkürlich und unüberlegt gewählten Begriffe lauten, wahllos nebeneinander verwendet¹. Sie bedeuteten einmal Gleiches, ein andermal aber Verschiedenes. Diese Inkonsequenz bei der Anwendung von Begriffen hat nun ohne jeden Zweifel eine Erschwerung der Verständlichkeit oder sogar die Schaffung von Widersprüchen zur Folge.

Die sicherste terminologische Lösung wird in der Regel die *Verwendung der gesetzlichen Begriffe* sein, da diese sich allgemein eingelebt haben. Dies ist jedoch nur möglich, wenn auch das Gesetz durchgehend eine klare terminologische Linie verfolgt, was für die Vorschriften über die Kontrollrechte des Aktionärs (Art. 696/97) zweifellos zutrifft. Wenn daher der gesetzlichen Terminologie ohne

¹ Vgl. BGE 54 II 25; Ronner 20 ff.; Muheim 21 ff.; Moser 33; Grünpeter 32 ff.: Neidhardt u.a. Auf die Bedeutung des jeweils gewählten Begriffes einzugehen, würde zu weit führen.

Bedenken gefolgt werden kann, so ergibt sich damit folgende Hierarchie der Begriffe: Unter den Oberbegriff «*Kontrollrecht der Aktionäre*» (Marginale zu Art. 696/97) ist einerseits das «*Recht auf Bekanntgabe der Bilanz*» (Bekanntgaberecht, Art. 696)², das vor allem als Vorbereitungsrecht in bezug auf die ordnungsgemäße Einberufung und Durchführung der GV zu qualifizieren ist, und anderseits das als eigentliches Kontrollrecht funktionierende «*Recht auf Auskunftserteilung*» (Art. 697)³ zu subsumieren. Dieses letztere wird wiederum in die drei Begriffe «*Recht auf Auskunft*» (Auskunftsrecht, Art. 697 I), «*Recht auf Einsicht*» (Einsichtsrecht, Art. 697 II) und «*Klagerecht auf Auskunftserteilung*» (Recht auf richterliche Durchsetzung der Auskunftserteilung, Art. 697 III) unterteilt. Außerordentlich wichtig ist dabei die Trennung von Auskunfts- und Einsichtsrecht, da sich diese beiden Aktionärrechte in bezug auf ihre juristische Natur und die Voraussetzungen ihrer Ausübung völlig verschieden gestalten⁴. Es ist denn auch diese fehlende Trennung, die den früheren Arbeiten über die aktienrechtliche Auskunftserteilung durchgehend als großer Mangel anhaftet⁵.

Ein besonderer terminologischer Exkurs ist zur Abklärung des viel verwendeten Begriffs des *Fragerechts* erforderlich. Dieser Begriff wurde und wird hauptsächlich in der deutschen Doktrin und Rechtsprechung als Synonym zum Auskunftsrecht verwendet⁶. Das Frage-recht bedeutet jedoch nicht mehr als das Recht, in der GV Fragen zu stellen und ist materiell etwas ganz anderes als das Auskunftsrecht.

² Janggen/Becker, N 8 zu Art. 819, nennen es unzutreffend «Recht auf Akteneinsicht», womit die Möglichkeit der Verwechslung mit Art. 697 II gegeben ist. Vgl. zum Bekanntgaberecht im einzelnen hinten 89 und 98.

³ Als Synonym wird dafür aus stilistischen Gründen teilweise auch der allgemeine Begriff «Aufschlußrecht» verwendet.

⁴ Vgl. hinten 204 ff.

⁵ Vgl. etwa Grünpeter und Neidhardt, die beide in ihren diesem Spezialgebiet gewidmeten Arbeiten diese wesentliche Trennung vernachlässigen. Der Grund dieser Lücke ist allerdings nicht weit zu suchen; er ergibt sich aus der Tatsache, daß sämtliche vorhergehenden Arbeiten vom deutschen Recht ausgingen und auf dieser Grundlage aufbauten. Die letztere war aber für die Darstellung des schweizerischen Rechts denkbar ungeeignet, da das HGB überhaupt kein Recht auf Auskunftserteilung statuierte, und die Doktrin — wie sie heute in § 112 DAG Fuß gefaßt hat — nur ein Recht auf Auskunft anerkannte. Damit kam die Eigenart des schweizerischen Rechts, das dem Aktionär über das Auskunftsrecht hinaus auch ein Einsichtsrecht zur Verfügung stellt, neben dem Uebergewicht, welches dem deutschen Recht eingeräumt war, zu wenig oder gar nicht zur Geltung.

⁶ Vgl. Netter, Auskunftspflicht, 42/3; RGZ 82, 185 ff.; Erl. Bem. D.Entw. 1930, 109; Trumpler 295.

Während das letztere die rechtlich relevante Auskunftspflicht der Organe in der Weise involviert, daß die mit dem Auskunftsbegehren geforderte Aufklärung unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken von Gesetzes wegen gegeben werden muß, ergibt sich aus dem Frage-recht nur eine Antwortpflicht im Rahmen des kaufmännischen Anstandes. Der Bescheid auf die gestellte Frage braucht also m.a.W. keine eigentliche Antwort zu enthalten, sondern kann ohne Rechtsfolgen auch negativ sein, indem der mit der Frage beehrte Aufschluß aus irgendwelchen Gründen oder ohne Angabe von solchen von der Verwaltung abgelehnt, auf später in Aussicht gestellt oder der Fragesteller an ein anderes Organ gewiesen wird⁷. Im Gegensatz zum Auskunftsrecht, das erst durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen geschaffen wird, ist das Fragerecht des einzelnen Aktionärs in der GV schon im Teilnahmerecht und insbesondere im Debatterecht enthalten. Es wird daher nie einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen⁸.

Ferner ist vom Recht auf Auskunftserteilung das *Debatterecht* (*Mitsprache- oder Diskussionsrecht*) in der GV zu unterscheiden, trotzdem die beiden Rechte in außerordentlich engem Zusammenhang stehen. Das Debatterecht ist wesensgemäßer Bestandteil des Teilnahmerechts⁹, da ohne das erstere das Recht auf Teilnahme an der GV jeden praktischen Wert verlieren würde. Es berechtigt den Aktionär, mit Anträgen in die Diskussion einzugreifen und diese Anträge auch zu begründen. Das Debatterecht ist im OR — im Gegensatz zu verschiedenen ausländischen Rechten — nicht ausdrücklich aufgeführt, wird aber von Judikatur und Literatur als selbstverständlich anerkannt¹⁰. Dagegen bestehen Meinungsverschiedenheiten in bezug auf die Art seiner Ausübung und seinen Umfang. Als begleitend für das schweizerische Recht dürften folgende Grundsätze gelten: Jedem Aktionär ist, wenn er sich dazu meldet, das Wort zu erteilen. In Anbetracht der Notwendigkeit einer sachgemäßen Erörterung der zur Beschlußfassung stehenden Gegenstände muß die Ausübung des Debatterechts dem Aktionär in angemessener Weise ermöglicht werden. Diese Angemessenheit wird bestimmt durch die

⁷ Ein Beispiel für dieses Fragerecht des Aktionärs gibt die Regelung von § 88 II D.Entw. 1931 gegenüber derjenigen von § 86 I D.Entw. 1930; vgl. dazu auch ausführlicher G. Fischer 70.

⁸ Ebenso Staub/Pinner, Anm. 20 zu § 260 HGB; Protokoll 313; Grünpeter 32. Egger, N 5 zu Art. 66/7 ZGB.

¹⁰ Vgl. Moser 30; Gamma 63; Weiß 534; SJZ 23 (1926/27) 10; Semjud 48 (1926) 280. Für das deutsche Recht: RGZ 36, 26; für das französische Recht: Decugis 526.

Grundsätze von Treu und Glauben¹¹. Einschränkungen wie Beschränkung der Redezeit, Entzug des Wortes, Beschluß der GV auf Schluß der Debatte usw. müssen in jedem Falle sachlich gerechtfertigt sein. Sind sie es nicht, so ist der betreffende Aktionär zur Anfechtung berechtigt. Umstritten ist die Frage, ob der Vorsitzende der GV Disziplinarbefugnisse gegenüber den Aktionären besitze oder ob es Sache der GV sei, einem Aktionär eine Maßregelung zu erteilen. Grundsätzlich stehen diese Befugnisse — abgesehen von anderslautenden Statutenbestimmungen — nur der GV zu¹², und zwar in dem Sinne, daß der Vorsitzende wohl formell bestimmte Sanktionen im Rahmen der ihm zustehenden, für die Leitung einer Versammlung unerläßlichen autoritären Entscheidungsbefugnis gegen den fehlbaren Aktionär verfügen kann, dieser Entscheid aber bei Widerspruch aus der Versammlung einem GV-Beschluß zu unterstellen ist. Damit bleibt die materielle Zuständigkeit bei der GV, denn der Vorsitzende ist nicht Vorgesetzter der GV, sondern handelt für sie unter Vorbehalt der Billigung durch die Mehrheit¹³. Auf jeden Fall soll der Entzug des Wortes und insbesondere, als ultima ratio, die Ausschließung aus der GV nur dann verfügt oder beschlossen werden, wenn diese Vorkehrungen das einzige Mittel sind, um eine bestimmungswidrige Ausübung des Debatterechts zu verhindern¹⁴.

2. Zur Entstehungsgeschichte von Art. 697

Das auf Grund von Art. 64 BV geschaffene Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (aOR) berechnete die Aktionäre in Art. 641 IV «die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam zu machen und die erforderlichen Aufschlüsse zu begehren» (Auskunftsrecht) und gestattete ihnen «eine Einsicht in die Bücher und Korrespondenzen nur infolge einer Ermächtigung der Generalversammlung oder einer Erlaubnis der Verwaltung oder einer gerichtlichen Anordnung» (Einsichts- und Klagerecht), wobei aber «die nötige Rücksichtnahme auf

¹¹ Horowitz, Recht der GV, 194, 208.

¹² So Egger, N 6 zu Art. 66/7 ZGB; Neidhardt 128; Hensel 94; Horowitz, Recht der GV, 206/8; Heinitz 199 ff.; a.M. Landolt 150 ff. Wie hier auch Palmer/Topham, 171, für das englische Recht.

¹³ Neidhardt, SJZ 27 (1930/31) 373 ff., SAG 4 (1931/32) 121 ff.

¹⁴ Der Entwurf Hofmannsthal zum österreichischen Aktiengesetz schlug in § 84 a zu weitgehend sogar strafrechtliche Sanktionen für den Schutz einer ungestörten Abhaltung der GV vor; vgl. dazu Zimmermann, Buchführung, 170 a. Anm. 188.

das Geschäftsgeheimnis»¹⁵ zu nehmen war. Art. 641 V aOR verbot die Aufhebung oder Beschränkung dieser Rechte durch die Statuten oder durch Beschlüsse der GV.

Mit der Schaffung des schweizerischen Zivilgesetzbuches wurde gleichzeitig die Revision des OR von 1881 an die Hand genommen, wobei jedoch die Titel XXIV—XXXIII ausgeschieden und einer späteren speziellen Revision vorbehalten wurden. Den ersten Schritt zu dieser Revision bildete der Entwurf Eugen Hubers von 1919 (Entw. I), der Art. 641 aOR unter dem Titel «Kontrollrechte der Aktionäre» in zwei neue Artikel aufteilte, indem er die vorher in Art. 641 I, II, III aOR geregelte Pflicht zur Auflage der Bilanz und weiterer Dokumente unter dem Marginale «Recht auf Bekanntgabe der Bilanz» (Bekanntgaberecht) in Art. 746 Entw. I zusammenfaßte und daneben als «Recht auf Kontrollierung der Verwaltung» einen selbständigen Art. 747 schuf, der sich allerdings mit der Fassung von Art. 641 IV, V aOR wörtlich deckte. Dieser erste Entwurf wurde der Öffentlichkeit weitgehend zugänglich gemacht. Unter Berücksichtigung der eingegangenen Anregungen und Anträge wurde darauf von A. Hoffmann im Jahre 1923 ein neuer Entwurf (Entw. II) ausgearbeitet. In Art. 713 dieses Entwurfes wurde wiederum die Regelung von Art. 641 IV, V aOR und Art. 747 Entw. I mit Ausnahme einiger redaktioneller Änderungen beibehalten. So wurden insbesondere vielfach geäußerte Bedenken gegen die gerichtliche Anordnung einer Einsicht in Bücher und Korrespondenzen dadurch berücksichtigt, daß an Stelle einer «Rücksichtnahme» von der «Wahrung des Geschäftsgeheimnisses» gesprochen wurde. Diese Änderung sollte dem Mißtrauen gegen eine mißbräuchliche Ausübung der Einsichtsbefugnis entgegentreten und gleichzeitig den Schutz des Geschäftsgeheimnisses verstärken¹⁶.

Nach der Durchberatung dieses Entwurfes durch eine Expertenkommission in den Jahren 1924/25 wurde der endgültige Text durch eine Redaktionskommission festgelegt (Entw. III) und mit der Botenschaft des Bundesrates vom 21. Februar 1928 den eidgenössischen Räten vorgelegt. Die wichtigste Änderung dieses dritten Entwurfes (Art. 695) liegt in der Trennung des Einsichtsrechts vom Klagerecht.

¹⁵ Mit dieser Fassung des deutschen Textes stimmte nur der italienische überein; der französische Text ließ eine Freigabe des Geschäftsgeheimnisses ausdrücklich zu («à condition que le secret des affaires ne soit pas compromis sans nécessité»); ebenso Bachmann, N 4 zu Art. 641 aOR und Neidhardt 134/35. Dieses Versehen des französischen Redaktors wurde durch die Revision wiedergutmacht, indem der Ausdruck «sans nécessité» fallengelassen wurde, vgl. Art. 697 II.

¹⁶ Vgl. Bericht II 67/8.

Das letztere wurde in einem neuen Absatz III geregelt und gleichzeitig erheblich beschränkt; überdies wurde für die Inanspruchnahme des Richters ein «von den Kantonen zu ordnendes summarisches Verfahren» vorgesehen¹⁷. Ferner wurde in bezug auf das in Art. 695 I Entw. III statuierte Auskunftsrecht die «Berechtigung» des Aktionärs, die erforderlichen Aufschlüsse zu verlangen, durch ein unbestimmtes und viel farbloseres «können» ersetzt.

Der aus diesen Vorarbeiten sowie den Verhandlungen der Räte schließlich hervorgegangene Art. 697 enthält nun wohl einige Aenderungen gegenüber dem alten OR und ist bis zu einem gewissen Grade auch besser formuliert, ohne jedoch alle Zweifel an seiner Auslegung zu beseitigen. Das geltende Recht bestimmt unter dem Marginale «*Auskunfterteilung*»¹⁸ folgendes:

«Die Aktionäre können die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam machen und die erforderlichen Aufschlüsse verlangen.

Eine Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen ist nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluß der Verwaltung und unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gestattet.

Der Richter kann verfügen, daß die Gesellschaft dem Aktionär über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen durch beglaubigte Abschrift aus ihren Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen Auskunft zu erteilen hat. Durch diese Verfügung dürfen die Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet werden.

Das Kontrollrecht der Aktionäre kann weder durch die Statuten noch durch Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans aufgehoben oder beschränkt werden.»

3. Abgrenzung der Aufgabe

Mit dem Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung stehen zahlreiche und sehr verschiedenartige Rechtsinstitute und Materien im Zusammenhang, deren eingehende Behandlung jedoch zu weit führen würde. Immerhin muß im folgenden kurz auf diese Zusammen-

¹⁷ Vgl. zu diesen Aenderungen im einzelnen hinten 228 ff. Die Verfahrensvorschrift wurde vom Ständerat ohne nähere Begründung wieder gestrichen.

¹⁸ Diese Formulierung trat an die Stelle des engeren, aber bezeichnenderen Marginales «Recht auf Kontrollierung der Verwaltung» der Entwürfe.

hänge hingewiesen werden, damit sich das Aufschlußrecht des Aktionärs von allem Anfang an möglichst genau abgrenzen und sich auf diese Weise eine Konzentrierung auf das eigentliche Thema der vorliegenden Arbeit erreichen läßt.

a) Kontrollrechte der Gläubiger

Das revidierte OR hat neben dem Ausbau des Aktionärschutzes auch dem *Gläubigerschutz* vermehrte Beachtung geschenkt¹⁹. Es erscheint allerdings selbstverständlich, daß der Gläubiger mit seiner zeitlich befristeten Beziehung zur Gesellschaft keines so ausgedehnten oder wenigstens eines in anderer Richtung weisenden Schutzes bedarf wie der Aktionär mit seinem dauernden Interesse an der Gesellschaft. Die dem Aktionär kraft seiner Mitgliedschaft verliehenen Rechte stehen dem Gläubiger daher nicht zu, und er hat somit grundsätzlich kein Mitspracherecht bei der ordentlichen Geschäftsführung der AG, kein Recht der unmittelbaren Beeinflussung von GV-Beschlüssen und keine Kontrollrechte. Dafür steht ihm als regelmäßig wirksamstes Schutzmittel die Klage auf Erfüllung zur Verfügung. Diese Klage wird allerdings nur für Gläubiger bedeutsam, die in kurzfristigen Beziehungen zur Gesellschaft stehen, da ihre Voraussetzung die Fälligkeit der Forderung ist. Weil diese Voraussetzung nicht immer besteht, hat das Gesetz dem Schutz des Gläubigers auch allgemein Nachachtung verschafft. Dieser Schutz wird einmal durch Publizitätsvorschriften, die auch den Interessen der Gläubiger dienen, ferner durch besondere Sicherungsvorschriften bei der Gründung der AG, im Falle einer Erhöhung und insbesondere einer Herabsetzung des Grundkapitals, bei der Auflösung der Gesellschaft sowie durch entsprechende Haftungsbestimmungen gewährleistet²⁰. Daneben hat das Aktienrecht für die Gesellschaftsgläubiger ein besonderes Kontrollrecht (Art. 704) und für die Obligationäre besondere organisatorische Schutzbestimmungen (Art. 1156 ff.) geschaffen, die dem Kontrollrecht des Aktionärs recht ähnlich sehen, formell und materiell aber auf ganz anderen Grundlagen beruhen.

Das *Recht des Gläubigers auf Auflegung der Bilanz* (Art. 704) geht dahin, daß das Handelsregisteramt auf das Begehren einer Person, die sich als Gläubiger der Gesellschaft ausweist, von Aktiengesell-

¹⁹ Vgl. Siegwart, Einl. N 250 ff. Haule, Albert: Der Gläubigerschutz im Aktienrecht, Diss. Leipzig 1907; Marguerat, F.: Les droits des créanciers d'une société anonyme, Thèse Lausanne, 1935; Locher 1 ff.

²⁰ Vgl. dazu im einzelnen Locher 18 ff., 59 ff., 61 ff., 67 ff. und 91 ff.

schaften, die ihre Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz nicht veröffentlichen, diese Vorlagen in der von den Aktionären genehmigten Fassung einzufordern und zur Einsicht aufzulegen hat. Die Entstehungsgeschichte von Art. 704 zeigt uns aber, daß dieser nicht in Anlehnung an das Kontrollrecht der Aktionäre entstanden ist, sondern einen Bestandteil der allgemeinen gesetzlichen Publizitätsvorschriften darstellt und lediglich als Ersatz für den fallengelassenen Publikationszwang dient²¹. Die merkwürdige systematische Stellung von Art. 704²² und das in Art. 85 HRegVO vorgesehene komplizierte und letzten Endes wirkungslose Verfahren²³ zeigen, wie sehr diese Vorschriften Flickwerk der eidgenössischen Räte sind. Art. 704 wird daher in der Praxis sicherlich selten angerufen werden. Dazu wird umsoweniger Bedürfnis bestehen, als die meisten Gesellschaften ihre Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung freiwillig veröffentlichen, indem sie sie der Handelspresse zur Verfügung stellen.

Weitergehend ist das *Kontrollrecht des Vertreters der Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen* geregelt²⁴. Die Obligationäre genießen bei dieser Regelung einmal den gleichen Schutz, wie er den Gläubigern allgemein zukommt. Dazu treten weitere, nur für sie geltende Sonderregeln wie der Prospektzwang bei Ausgabe von Anleiensobligationen (Art. 1156 in Verbindung mit Art. 651) und die externe Prüfung der Bilanz durch besondere Sachverständige gemäß Art. 723. Die Publizitäts- und Haftungsbestimmungen²⁵ werden ergänzt durch *besondere organisatorische Schutzbestimmungen* über die Gläubigerversammlung und die Vertretung der Gemeinschaft (Art. 1158/59, 699 I). Die präventive Wirkung dieser organisatorischen Schutzbestimmungen zeigt sich vor allem dann, wenn der

²¹ Vgl. Sten.Bull. N.R. 1934, 324; 1935, 380; 1936, 776 ff., 898 ff., 1084 ff.; Sten.Bull. St.R. 1935, 99, 262; Protokoll 165 ff., 371 ff.; Botschaft 45. Ferner Schucany, N 1 zu Art. 704; Huber 31 ff.; Ronner 28 ff. Zum Umfang der Einsicht BGE 69 I 134 ff.

²² Vgl. Ronner 33.

²³ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 156, Anm. 2; a.M. Zimmermann, SAG 16 (1943/44) 234/35, Anm. 5.

²⁴ Seit dem 1. Januar 1950 gelten dafür die Art. 1157 ff. in der Fassung des BG vom 1. April 1949 (AS 1949, 791 ff. und 1666/68), die zum größten Teil auf der bisher in Kraft gestandenen VO betr. die Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen vom 20. Februar 1918 beruhen. Vgl. zu diesen Fragen Beck, Emil: Die Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen, Bern 1918; Weber, Felix: Die Revision des Rechtes der Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen und der gerichtliche Nachlaßvertrag außer Konkurs nach schweizerischem Recht mit spezieller Berücksichtigung der Beratungen der Expertenkommission betreff Revision der Titel 24 bis 33 des OR, Diss. Zürich 1929; ferner auch ausführlich Huber.

²⁵ Vgl. Huber 1 ff., 44 ff.

Schuldner durch Nichterfüllung seiner Verpflichtungen den Obligationären Anlaß zu Befürchtungen gegeben hat, wenn er sich also m.a.W. im Leistungsverzug befindet und das Anleihen dadurch notleidend wird. In diesem Falle werden dem Vertreter der Gläubigergemeinschaft weitgehende *Kontrollrechte* zugestanden (Art. 1160), so insbesondere das Recht, diejenigen Aufschlüsse zu verlangen, die für die Gläubigergemeinschaft von Interesse sind (Art. 1160 I). Diese Aufschlüsse werden sich vor allem auf die Vermögensverhältnisse, daneben aber auch auf das Geschäftsgebaren des Schuldners im allgemeinen beziehen. Das Kontrollrecht schließt neben diesem ausdrücklich statuierten *Recht auf Auskunft*, soweit erforderlich, auch das *Recht auf Einsicht* in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen in sich ein²⁶. Handelt es sich bei dem in Verzug befindlichen Schuldner u.a. um eine AG, so steht dem Vertreter neben diesem Recht auf Auskunftserteilung auch ein *Teilnahmerecht* an den Verhandlungen der GV, des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle mit beratender Stimme zu (Art. 1160 II)²⁷. Diese Kontrollrechte des Vertreters einer Gläubigergemeinschaft — die im übrigen zwingendes Recht darstellen (Art. 1186 I) — bedeuten eine Ausnahme von dem anfangs erwähnten Grundsatz, daß die Gläubiger keine den Aktionären auf Grund deren Mitgliedschaft zustehende Kontrollrechte besitzen. Daß ihre Ähnlichkeit mit diesen Rechten des Aktionärs eine rein äußerliche ist, sie formell und materiell auf ganz anderen Grundlagen beruhen, braucht wohl nicht mehr näher begründet zu werden. Ihre Rechtfertigung finden diese *Ausnahmerechte* in den den Obligationären oft zugemuteten großen finanziellen Opfern, die anderseits wieder Sanierungsmaßnahmen ermöglichen, deren Scheitern oft »geradezu wirtschaftliche Katastrophen herbeiführen würde«²⁸.

b) Das Recht der GV auf Auskunftserteilung

Das Recht der GV bzw. der Mehrheit auf Auskunftserteilung ergibt sich aus der *korporativen Struktur der AG*. Die körperschaftliche Or-

²⁶ Ebenso Botschaft 144.

²⁷ Die Revision hat dieses Teilnahmerecht allerdings bezüglich der Gegenstände der Verhandlungen einer Einschränkung unterworfen, welcher die Berechtigung zu versagen ist, da die Verwaltung durch eine entsprechende Umschreibung der Traktanden das Mitberatungsrecht und damit die Kontrolle des Vertreters völlig illusorisch machen kann; ebenso (bezüglich der in dieser Hinsicht gleichlautenden früheren Revision von 1936) Weber a.a.O. 47/8 und Huber 129.

²⁸ Botschaft 142.

ganisation der AG erfordert zwangsläufig eine Arbeitsteilung, durch welche die Mitverwaltungsrechte der Aktionäre zugunsten der Kompetenzen der Verwaltung und der Kontrollstelle wesentlich eingeschränkt werden. An ihre Stelle aber tritt als Ausfluß des Wesens der AG als einer Vereinigung von Personen, die mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck erstreben, das Aufsichts- und Kontrollrecht der nichtgeschäftsführenden Mitglieder, welches ein Merkmal jedes gesellschaftlichen Zusammenschlusses überhaupt ist. Dazu tritt als weitere Grundlage des Rechts der GV auf Auskunftserteilung die *Organfunktion von Verwaltung und Kontrollstelle*, welche letzten Endes auch wieder auf das korporative Element in der Struktur der AG zurückzuführen ist. Aus der Funktion der Organe ergibt sich deren grundsätzliche Verpflichtung zur Auskunftserteilung an die Gesamtheit der Aktionäre, für die sie ihre Befugnisse ausüben. Diese Gesamtheit der Mitglieder ist zum Zwecke der Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Interessen und der Ausübung ihrer gemeinsamen Rechte in der GV verkörpert. Trotzdem das Recht der GV auf Auskunftserteilung nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung statuiert ist, ergibt es sich doch aus dem allein der GV als unübertragbare Befugnis zustehenden Recht, die Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanz und den Geschäftsbericht abzunehmen, über die Verwendung des Reingewinns zu beschließen und die Entlastung der Verwaltung auszusprechen. In diesen Befugnissen ist auch das Recht eingeschlossen, weitere Aufschlüsse — mögen diese nur ergänzender Natur sein oder neue Fragen aufrollen — zu verlangen, denn ohne die Grundlage einer zweckentsprechenden Prüfung kann die GV keinen sachlich gerechtfertigten Beschluß fassen.

Die Aufschlußpflicht von Verwaltung und Kontrollstelle gegenüber der GV ist somit als *«elementare Funktion des gesellschaftlichen Organismus der AG»*²⁹ zu betrachten. Sie besteht unabhängig von Mehrheitsbeschlüssen und muß aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen selbst dann bejaht werden, wenn der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhaltspunkt für sie enthält³⁰. Daraus folgt, daß für den Umfang des Rechts der GV auf Auskunftserteilung nicht der Wortlaut der einen oder anderen gesetzlichen Bestimmungen maßgebend sein kann; diese Einzelbestimmungen sind vielmehr nur Ausdruck eines grundlegenden Prinzips, dessen Wurzeln in der korporativen Struktur der AG

²⁹ Netter, Auskunftspflicht, 20.

³⁰ Darin liegt der hauptsächlichste Unterschied zum Recht des Einzelaktionärs auf Auskunftserteilung, vgl. hinten 41/5.

und der Organfunktion von Verwaltung und Kontrollstelle liegen³¹.

Der Grundsatz eines Rechts der GV auf Auskunftserteilung wird denn auch von Literatur und Rechtsprechung durchgehend anerkannt. Dagegen scheiden sich die Auffassungen bei der *Umfangsbestimmung* dieses Rechtes. Die unzähligen Meinungen können in zwei Gruppen eingeteilt werden. In einer ersten Gruppe vereinigen sich die Ansichten, welche ein in jeder Beziehung unbeschränktes Aufschlußrecht der GV, dem auch keine Geheimnispflicht entgegenstehen könne, vertreten, weil die GV oberstes Organ der AG sei und deshalb nicht weniger Rechte besitzen könne als diejenigen Organe, welche von ihr bestellt und abberufen werden könnten³². Demgegenüber soll nach einer zweiten Gruppe das Recht der GV insoweit beschränkt sein, als eine Auskunftserteilung den Gesellschaftsinteressen schädlich ist³³ oder in rechtsmißbräuchlicher Absicht erfolgt³⁴. Der Hauptstreit in der bisherigen Literatur drehte sich somit um die Frage, ob das Recht der GV auf Auskunftserteilung durch die einem Aufschluß entgegenstehenden Gesellschaftsinteressen beschränkt werde oder nicht. Die Frage ist unbedingt dahin zu entscheiden, daß diese Schranke auch für die GV besteht. Die GV ist entgegen der Ansicht von Goldschmidt nicht die Gesellschaft selbst³⁵, sondern nur ein Organ der AG und im Verhältnis zur Korporation nur Machthaberin. Sie besteht als Teil der aktienrechtlichen Organisation, um der Gesellschaft ein rechtswirksames Handeln überhaupt zu

³¹ Das Recht der GV auf Auskunftserteilung ergibt sich deshalb nicht aus den Bestimmungen über den Auftrag (Art. 400, § 666 BGB; so Rolf, 23, 42; Fillié 23 ff.) und es kann auch nicht allein auf die Bezeichnung der GV als übergeordnetes «oberstes Organ» (so G. Fischer 36; Horowitz, Recht der GV, 215; RGZ 82, 182 ff. u.a.) gestützt werden.

³² Vgl. Neidhardt 119; Janggen 209; Ehrenberg 311/12; Rosenstiel 11, 33; ebenso Schucany, N 3 zu Art. 697; Bachmann, N 4 zu Art. 641 IV aOR; F. v. Steiger 176 und insbesondere BGE 54 II 25 (als obiter dictum, ohne Begründung). Abweichend mit enger begrenzten Umfangsbestimmungen Schumacher 38; Peyer 65 und ähnlich Siegwart, SJZ 39 (1942/43) 422; Arnold 49, 66, 76/7; Rolf 51/2; R. Fischer 296; Marcuse 601.

³³ Vgl. Netter, Auskunftspflicht, 51; Horowitz, Recht der GV, 14, 20, 215; Grünpeter 40; Klausning 157; Klostermann 39; Fillié 55; G. Fischer 41; Dech 30; Ronner 43/1; Muheim 23, 26; Lasserre 90/1; RGZ 82, 186; Brodmann, Anm. 2d zu § 259 HGB; Staub/Pinner, Anm. 20 zu § 260 HGB.

³⁴ Vgl. Zimmermann, Buchführung, 167 a/68 a, 163 a/64 a; Landolt 186/87; Peyer 63/4; Goldschmidt 103.

³⁵ S. 34 ff. Goldschmidt kommt aus der Ablehnung der dualistischen Theorie zu diesem Schluß; er widerspricht sich aber, wenn er das Aufschlußrecht der GV im Falle eines Rechtsmißbrauchs beschränkt, denn wenn die GV die Gesellschaft selbst sein soll, kann sie doch gegen sich selbst nicht rechtsmißbräuchlich handeln. Gegen Goldschmidt auch Schaffner 65 ff.

ermöglichen. Gesellschaft ist aber die vertragsmäßige Verbindung von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes (Art. 530). Diese Zweckbestimmung muß auch für die GV stets richtunggebend sein, denn «die Daseinsberechtigung und Lebensaufgabe der Organe besteht darin, die Gesellschaft zu erhalten und sie zu fördern»³⁶. Daher hat auch die GV «dem Ganzen zu dienen, das Wohl der Gesellschaft zu sichern und zu fördern»; ihre Machtfülle ist ihr lediglich als sozialrechtliche Befugnis, um der Gesellschaft willen, gegeben³⁷. Auch die GV ist im übrigen in ihrer Betätigung an die Verfassung der AG gebunden, die sich ebenfalls auf der Grundlage der Erreichung des gemeinsamen Zweckes aufbaut. Ein Handeln der GV gegen die Interessen der Gesellschaft ist daher verfassungswidrig und als rechtsmißbräuchlich anfechtbar. Aus dem funktionellen Zweck der GV als Organ der AG und aus ihrer verfassungsmäßigen Aufgabe, die Interessen der Gesellschaft zu erhalten und zu fördern, ergibt sich deshalb nur die eine Lösung, daß die GV keine Auskunftserteilung verlangen kann, die die Gesellschaft schädigen würde³⁸. Zusammengefaßt ergibt sich somit: *Das Recht der GV auf Auskunftserteilung ist sachlich unbeschränkt; es zessiert, wenn durch die geforderte Auskunftserteilung Interessen der Gesellschaft gefährdet würden*³⁹.

Was die *Ausübung des Rechts der GV auf Auskunftserteilung* anbetrifft, so kann und muß auch hier zwischen Auskunfts- und Einsichtsrecht unterschieden werden. Das *Recht der GV auf Auskunft* wird in der Weise geltend gemacht, daß die GV durch Mehrheitsbeschluß die Verwaltung oder die Kontrollstelle anweist, ihr durch mündliche Auskunft direkt nähere Aufschlüsse über den Gegenstand, der nach Meinung der Mehrheit noch weiterer Aufklärung bedarf, zu geben. Das Auskunftsrecht der GV ist jedoch praktisch nicht durchsetzbar, weil die Verwaltung gegenüber einem die Gesellschaftsinteressen schädigenden Aufschlußverlangen berechtigt und verpflichtet ist, die Beantwortung zu verweigern und sie den GV-Beschluß überdies anfechten kann, sodaß der GV nur noch der Weg

³⁶ Horowitz, Recht der GV, 20.

³⁷ Hug, Revision, 78; ebenso Egger, Schranken, 41.

³⁸ Dieser Ansicht widerspricht auch nicht die Bezeichnung der GV als «oberstes Organ», welche rein formell-organisatorisch aufzufassen ist und die oberste Entscheidungsgewalt der GV nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit statuiert. Vgl. auch einen Entscheid des Bundesrates vom 9. März 1928 (Semjud 50 (1928) 449 ff.): «L'assemblée générale n'a pas des attributions illimitées et ses droits ne sauraient excéder ce que nécessitent les buts poursuivis».

³⁹ Näheres zum Begriff der Gesellschaftsinteressen hinten 152 ff., insbesondere 153 und 182.

der Abberufung der Verwaltung (Art. 705) und deren Ersetzung durch eine gefügigere offen bleibt. Zudem erlangt dieses Recht der Mehrheit aber vor allem dann keine praktische Bedeutung, wenn das Gesetz auch dem einzelnen Aktionär ein Recht auf Auskunft zugesteht. Da auch die GV bzw. deren Mehrheit an die Schranke der Gesellschaftsinteressen gebunden ist, ist das Auskunftsrecht der GV nicht umfassender als dasjenige des Aktionärs⁴⁰. Daher wird kein einziger Aktionär ein Auskunftsbegehren auf dem problematischen Umweg über die Mehrheit durchzusetzen versuchen, wenn er allein aus eigenem Recht ebenso viel erreichen kann, ohne auf die Genehmigung der GV in Form eines Mehrheitsbeschlusses angewiesen zu sein.

Von wesentlich größerer Bedeutung als das Auskunftsrecht ist das *Recht der GV auf Einsicht*, das vom OR ausdrücklich anerkannt wird. Es ist selbstverständlich, daß eine direkte Einsichtnahme durch eine aus vielen Aktionären bestehende GV undurchführbar ist. Das Einsichtsrecht der GV wird darum zweckmäßig durch von ihr bestellte Vertrauensleute ausgeübt. In bezug auf Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und die Vermögenslage der Gesellschaft überhaupt wird dieses Einsichtsrecht durch die vom Gesetz vorgeschriebenen ordentlichen Revisoren ausgeübt, die über die Ergebnisse ihrer Prüfung der GV regelmäßig Bericht zu erstatten haben (Art. 728/29). Diese Revisoren sind aber nach Gesetz zur Prüfung der Geschäftsführung nicht verpflichtet. Will daher die GV ihr Einsichtsrecht auf Fragen der Geschäftsführung ausdehnen, so kann sie einmal durch Beschluß — der jedoch eine entsprechende Statutenbestimmung voraussetzt (Art. 627 Ziff. 13)⁴¹ — die Kontrollstelle auch zur Prüfung der Geschäftsführung berechtigen und verpflichten (Art. 731 I). Sie kann aber auch — und dies ist der prägnanteste Ausdruck der Ausübung ihres Einsichtsrechts — neben diesen ordentlichen Revisoren zur Prü-

⁴⁰ Damit wird der «geradezu fundamentale Unterschied» (Neidhardt 117) zwischen dem Recht der GV und demjenigen des einzelnen Aktionärs auf Auskunftserteilung nicht verkannt. Die Beschränkung des Rechts der GV auf Aufschlüsse, die die Gesellschaftsinteressen nicht verletzen, wird hier nicht auf Art. 697 gestützt, der — wie Neidhardt, 139, richtig betont — nur von den Rechten des Einzelaktionärs handelt; diese Beschränkung wird vielmehr aus der der GV zugrundeliegenden primären Aufgabe der Förderung des gemeinsamen Zweckes gefolgert. Unrichtig daher Egger, N 5 zu Art. 69 ZGB und Peyer 64.

⁴¹ Solche weitergehende organisatorische Statutenvorschriften in bezug auf die Befugnisse der Kontrollstelle sind in der Praxis außerordentlich selten. Vgl. Bachmann, N 1 zu Art. 662 aOR und die Uebersicht bei Staehelin, ZSR 39 NF (1920) 80 a/81 a.

fung der Geschäftsführung oder einzelner Teile derselben *besondere Kommissäre oder Sachverständige* ernennen (Art. 731 II). Allerdings wird diese Form des Einsichtsrechts der GV nur in außerordentlichen Fällen in Anspruch genommen werden, und zwar insbesondere dann, wenn die Geschäftsführung der Verwaltung zu starkem Mißtrauen Anlaß gibt und nähere Aufschlüsse unter Berufung auf die Schädigung von Gesellschaftsinteressen unberechtigtweise abgelehnt werden.

Der Gesetzgeber hat der GV als «oberstem Organ» offensichtlich eine bedeutsame Rolle im Leben der AG zugedacht. Es stellt sich nun aber die Frage, ob die GV überhaupt befähigt ist, die ihr zugewiesenen Aufgaben zu übernehmen und zu erfüllen. Betrachtet man die *Verhältnisse in der Praxis*, so erheben sich in dieser Hinsicht allerdings starke Zweifel. Nur schon die heterogene Zusammensetzung und die Schwerfälligkeit des Apparates bei Abhaltung einer Versammlung lassen es als sehr fraglich erscheinen, ob die GV die ihr zugewiesenen Befugnisse zweckdienlich ausüben kann. Das praktische Leben hat daraus die Konsequenzen gezogen und die GV ist — entgegen der Auffassung des Gesetzgebers — in der Regel zu einer bloßen Formalität herabgedrückt worden⁴². In der Praxis ist daher zu meist die Verwaltung dasjenige Organ, welches in Wirklichkeit die Geschicke der Gesellschaft leitet und bestimmt. Nur die Verwaltung hat einen durch ihre zentrale Stellung im Betrieb bedingten Ueberblick und die Sachkenntnis zur Entscheidung wichtiger Fragen, und sie nimmt daher auch regelmäßig die herrschende Stellung innerhalb der Gesellschaft ein, während die GV tatsächlich bedeutungslos geworden ist⁴³.

⁴² Vgl. Lehmann, Recht der AG II, 152; Klein 84/5; Neidhardt 119 ff.; nach Schmoller ist die GV «eine geschickt gespielte, aber schlecht besuchte Komödie». Das neue deutsche Aktienrecht hat der wirklichen Erscheinungsform der GV — allerdings auch unter politischen Einflüssen — weitgehend Rechnung getragen, vgl. insbesondere § 103 II DAG und die amtliche Begründung zum Gesetz. Die letzten Konsequenzen aus der Erkenntnis, daß Generalversammlungen mit zu großer Teilnehmerzahl praktisch undurchführbar sind und Beschlüsse der Delegiertenversammlung wegen zu geringer Beteiligung nur Zerrbilder ergäben, hat Art. 893 gezogen; für Einzelheiten vgl. Hensel 214 ff.

⁴³ So für viele Wieland II 89, Anm. 8; Hug, Revision, 27/8, 83/4; Siegwart, Einl. N 245; ebenso Zimmermann, NZZ Nr. 1011 vom 2. August 1922, der die Verwaltung als die «Seele des Unternehmens» bezeichnet. Die gleichen Verhältnisse sind auch in andern Ländern anzutreffen; vgl. insbes. den treffenden Ausdruck eines italienischen Juristen (Vidari: Corso di diritto commerciale, 5a ed., Milano 1901, vol. II, 172): «Le assemblee regnano, ma non governano»; ferner auch Cosack 92 u.a.

Das Schwergewicht der Herrschaft hat sich damit eindeutig zugunsten der Verwaltung verschoben. Diese beherrschende Stellung der Verwaltung innerhalb der AG hat sich aber nicht nur aus der Forderung nach einer durch die wirtschaftlichen Gegebenheiten bedingten starken und entscheidungsfähigen Führung, deren ein Unternehmen zur Förderung und Sicherung der Kontinuität heute unbedingt bedarf, sondern vor allem auch aus den in der heutigen AG vielfach bestehenden *Herrschaftsverhältnissen* ergeben. Wie in den Anfängen des Aktienrechts die Hauptpartizipanten die ausschließlichen Träger der Unternehmensleitung waren, so beherrscht heute in vielen Fällen eine kleine Gruppe von Großaktionären (Verwaltungs- oder Unternehmeraktionäre) die Gesellschaft. An der Machtverteilung innerhalb der AG hat sich daher letzten Endes trotz Liberalismus und demokratischem Aufbau der AG nichts oder jedenfalls nicht viel geändert. Man kann von einer eigentlichen «Umgestaltung der Herrschaftsverhältnisse innerhalb der AG»⁴⁴ sprechen, und die Literatur kargt denn auch nicht mit teilweise überspitzten, aber kennzeichnenden Ausdrücken wie «Verwaltungsoligarchie», «Verwaltungsabsolutismus» oder «Neofeudalismus in der Wirtschaft»⁴⁵.

Diese Entwicklung wurde allerdings auch durch die Interesselosigkeit vieler Kleinaktionäre begünstigt. In der Tat fehlt vielen Aktionären der Wille, sich an den gesellschaftlichen Angelegenheiten zu beteiligen, auf die Führung des Unternehmens Einfluß zu gewinnen, ja überhaupt an der GV teilzunehmen. Diese *Interesselosigkeit der Aktionäre* entspringt verschiedenen Gründen, worunter der ausschlaggebendste der ist, daß ein Großteil der Kleinaktionäre mit dem Kauf einer Aktie überhaupt nur eine gute Geldanlage sucht. Auf jeden Fall steht die Tatsache fest, daß die Teilnahme an den Generalversammlungen in der Regel äußerst gering ist, sodaß es bei einer durchschnittlichen Vertretung von 60 % des Grundkapitals nur einer relativen Mehrheit bedarf, um die GV zu beherrschen⁴⁶.

Das Leben hat somit die Voraussetzungen, auf die das Gesetz glaubte aufbauen zu dürfen, nicht beschafft. Die GV führt in der Regel keine selbständige Existenz; sie ist vielmehr in der überwiegenden Mehr-

⁴⁴ Erl. Bem. zu D.Entw. 1930, 94. Ausführlich Müller-Erzbach, Umgestaltung.

⁴⁵ Hug, Revision 27; Rolf 14, Anm. 30; Nell-Breuning 13; Rathenau, 8, spricht von der «Substitution des Grundes».

⁴⁶ Vgl. Ronner 10, Anm. 27. Ebensowenig hat der Gebrauch der französischen Aktiengesellschaften, den Aktionären für den Besuch der GV Vergütungen zu zahlen, wesentliches gebessert und die Klagen über den «absentéisme des actionnaires» (Decugis, Bulletin 64, 129/32) verstummen lassen. Vgl. für die Darstellung der praktischen Verhältnisse in der GV auch Schuler 124 ff.

zahl aller Fälle nichts als ein Instrument in der Hand der Verwaltungsmehrheit, und ihre Willensbildung richtet sich nicht mehr nach dem Kapitalbesitz, sondern ist von der mit den herrschenden Großaktionären identischen oder ihrem Willen dienstbaren Verwaltung abhängig. Regelmäßig wird also eine GV die Verwaltung nicht zu einer von ihr verweigerten Auskunftserteilung durch Mehrheitsbeschluß zwingen⁴⁷. Denn selbst in Gesellschaften, in denen die Herrschaftsverhältnisse nicht so kraß verlagert sind, ist die Verwaltung doch immerhin ein Vertrauensausschuß der Mehrheit und weiß daher, daß sie — pflichtgetreue Geschäftsführung vorausgesetzt — erfahrungsgemäß immer darauf zählen kann, eine so große Gefolgschaft von Aktionären hinter sich zu haben, daß sie ihren Willen durchsetzen kann⁴⁸.

Damit wird das *Recht der GV auf Auskunftserteilung praktisch bedeutungslos*. Während das Auskunftsrecht der GV schon in materieller Hinsicht keine Bedeutung erlangen kann, wird das in materieller Beziehung sehr bedeutsame Einsichtsrecht unter den in der Regel obwaltenden praktischen Verhältnissen nur in seltenen Fällen gegen den Willen der Verwaltung durchgesetzt werden und daher zumeist an seinen formellen Unzulänglichkeiten scheitern.

c) Das Recht der Minderheit auf Auskunftserteilung

Das Recht der GV bzw. der Mehrheit auf Auskunftserteilung, das sich aus der korporativen Organisation der GV ergibt, besteht auch ohne besondere gesetzliche Bestimmungen. Es wird deshalb in sämtlichen Aktienrechten als inhärenter Bestandteil der Rechenschafts-

⁴⁷ Henggeler, Kontrollrecht, 181; ebenso Sontag 82; Rolf 53; ZR 47, 204. Bezeichnend die Formulierung von Netter, Auskunftspflicht, 49. Ein krasses Beispiel für solche Verhältnisse findet sich in ZR 37, 163.

⁴⁸ Die Darstellung dieser in der Praxis vorherrschenden Verhältnisse beruht nicht etwa auf einer bloßen Nivellierung zum Zwecke der Vereinfachung der wissenschaftlichen Untersuchung. Es sei daher ausdrücklich betont, daß diese Verhältnisse die Regel bilden. Sie werden besonders bei gutgehenden Gesellschaften unter normalen Verhältnissen anzutreffen sein. Wenn jedoch außerordentliche Verhältnisse eintreten, wenn insbes. die Gesellschaft keine oder nur geringe Gewinne abwirft oder allgemein Anlaß zu Mißtrauen in die Geschäftsführung der Verwaltung besteht, ist es sehr wohl möglich, daß sich auch die GV gegen die Verwaltung stellt und Aufschlüsse, die ihr verweigert werden, erzwingt. Eine wissenschaftliche Darstellung ist aber gezwungen, die typischen Merkmale herauszuarbeiten, welche auch von der Literatur — die sich durchaus nicht nur aus Theoretikern, sondern größtenteils aus gewiegten Praktikern zusammensetzt — durchgehend in diesem Sinne dargestellt werden.

pflicht der geschäftsführenden Organe gegenüber der Gesamtheit der Aktionäre ohne weiteres anerkannt. Im Gegensatz dazu besteht das Recht der Minderheit auf Auskunftserteilung nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften. Wenn auch die Notwendigkeit der Einräumung eines Kontrollrechtes an einen von der Mehrheit unabhängigen Gesellschafterkreis in allen Gesetzgebungen bejaht wird, so zeigen sich dort zwei wesentliche Verschiedenheiten in der Zuteilung dieses Rechts. Einzelne Aktienrechte ermächtigen jeden einzelnen Gesellschafter zur Ausübung einer individuellen Kontrolle, und zwar aus der Ueberlegung heraus, daß nur ein in der Hand des Einzelaktionärs und dementsprechend von jeder Unterstützung durch eine oft schwer zu bildende Minderheit unabhängiges Aufschlußrecht seinen Zweck voll und ganz erfüllen könne. Demgegenüber übertragen andere Gesetzgeber, welche den Aktionärschutz nicht so weit ausbauen wollten und mögliche Schädigungen der AG aus der Ausübung dieses Einzelkontrollrechtes befürchteten, das Kontrollrecht lediglich einer Minderheit.

Bei diesen Kontrollrechten einer Minderheit handelt es sich ohne Ausnahme um *positive Minderheitsrechte*, also um Rechte, mit denen eine Minderheit ihren Willen auch gegen den Willen der Mehrheit durchsetzen kann. Dieses positive Minderheitsrecht auf Auskunftserteilung kann zum Teil nur im Zusammenhang mit der GV, d.h. innerhalb der GV, zum Teil aber auch außerhalb der GV geltend gemacht werden. Im letzteren Fall handelt es sich um sog. *Vertretungsrechte*. Die Minderheitsrechte haben also immer dann Vertretungscharakter, wenn eine Minderheit von Aktionären unabhängig und außerhalb der GV selbständig und rechtsgültig in den Organismus der Gesellschaft eingreifen kann und ihren eigenen Willen gegen den Willen der ordentlichen Gesellschaftsorgane, d.h. gegen den Willen der GV und der Verwaltung, zum einzigen rechtmäßigen Gesellschaftswillen erheben kann⁴⁹.

Das *Recht der Minderheit auf Auskunft* ist in verschiedenen Gesetzgebungen als *Vertagungsrecht* ausgestaltet, indem einer Minderheit das Recht zugestanden wird, eine Beschlußfassung auch gegen den Willen der Mehrheit vertagen zu lassen, bis die als notwendig erachteten Aufschlüsse erteilt worden sind⁵⁰. Ein eigentliches direktes Auskunftsrecht der Minderheit enthielt der zweite deutsche Ent-

⁴⁹ Indermaur 17 ff., 19.

⁵⁰ Vgl. § 264 HGB, § 127 VII DAG; art. 162 C.com.it., art. 2374 C.civ.it. Ausführlich Indermaur 55 ff.

wurf von 1931 in § 88⁵¹. Ein besonders gestaltetes, jedoch sehr problematisches Minderheitsrecht auf Auskunft hinsichtlich einer von den Revisoren beglaubigten Aufstellung sämtlicher Bezüge der Direktoren der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften über die letzten drei Geschäftsjahre sieht schließlich das englische Aktienrecht (s. 148 CA) vor.

Auf der andern Seite findet das *Recht der Minderheit auf Einsicht* seinen Ausdruck in dem in verschiedenen Gesetzgebungen vorgesehenen *Untersuchungsrecht* (Enquêterecht), mittels welchem eine Minderheit beim Richter oder einer staatlichen Prüfungsstelle jederzeit den Antrag auf Einsetzung besonderer Sachverständiger zur Untersuchung der Geschäftsführung stellen kann⁵². Ein solches Untersuchungsrecht findet sich im deutschen (§ 266/67 HGB, § 118/21 DAG), im englischen (s. 135 CA) sowie im italienischen Recht (art. 153 C.com.it., art. 2409 C.civ.it.), wobei die einzelnen Gesetzgebungen lediglich in Einzelheiten voneinander abweichen. Außer diesem eigentlichen Einsichtsrecht der Minderheit enthält lediglich das italienische Recht noch eine besondere, weniger einschneidende Abart in der Form des *Anzeige- oder Rügerechts* (art. 152 II zweiter Satz C.com.it., art. 2408 II C.civ.it.)⁵³.

Für das *schweizerische Recht* wurde eine Statuierung solcher Minderheitsrechte nur vereinzelt propagiert. So schlugen Steiner und Kohli die Umwandlung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung in ein Minderheitsrecht vor, letzterer in Anlehnung an die unbefriedigende Regelung des deutschen Entwurfs von 1931⁵⁴. Ferner verlangte Szücs die Ersetzung des Kontrollrechts des Einzelaktionärs durch ein Untersuchungsrecht der Minderheit entsprechend der Regelung des deutschen, italienischen und englischen Rechts, da mit «der staatlichen Bevormundung des Minderheitsrechts auf eine außerordentliche Revision» der Mißbrauch dieses Rechts verhütet werden könnte⁵⁵. Der Gesetzgeber ist diesen Anregungen berechtigterweise nicht gefolgt und hat weder ein Minderheitsrecht auf Auskunft oder Vertagung noch ein solches auf Einsicht geschaffen. Er hat im Gegenteil einerseits in Art. 697 schon den einzelnen Aktionär zur Auskunft und zu einer beschränkten Einsicht ermächtigt, weil ein solches Einzelrecht dem angestrebten Kontrollzweck viel eher zu

⁵¹ Vgl. G. Fischer 70.

⁵² Dazu ausführlich Bachmann, Sonderrechte, 116 ff. und Indermaur 63 ff.

⁵³ Vgl. dazu Hallstein 238, 242 und Indermaur 71.

⁵⁴ Steiner, SAG 8 (1935/36) 26/7; Kohli 45, 50.

⁵⁵ Szücs 41.

dienen in der Lage ist als ein in jedem Fall problematisches Minderheitsrecht auf Vertagung⁵⁶. Ein eigentliches Minderheitsrecht auf Auskunft aber außerhalb der GV zu schaffen, würde wiederum zu weit gehen und die Verwaltung mit unproduktiver Arbeit überlasten⁵⁷. In dieser Hinsicht genügt Art. 699 III, der ein *indirektes Auskunftsrecht der Minderheit* in sich schließt, sicherlich allen schutzwürdigen Bedürfnissen. Nach dieser Vorschrift können ein oder mehrere Aktionäre, die zusammen mindestens den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten, die Einberufung einer GV schriftlich unter Angabe des Zweckes verlangen. In dieser Berechtigung, die im Falle der Verweigerung seitens der Verwaltung ohne weiteres mit Hilfe des Richters durchgesetzt werden kann (Art. 699 IV), ist zugleich die der Verwaltung obliegende Verpflichtung enthalten, die betreffenden Anträge der die Einberufung begehrenden Aktionäre in die Traktandenliste aufzunehmen⁵⁸. In diesem Sinne steht somit auch im schweizerischen Recht einer Minderheit ein indirektes Recht auf Auskunft zu, das dann in der erzwungenen GV schon vom einzelnen Aktionär gemäß Art. 697 direkt geltend gemacht werden kann. Andererseits ist zur Ausübung des *Untersuchungsrechts* gemäß Art. 731 II nur die GV, nicht aber eine Minderheit zuständig.

d) Weitere Abgrenzungen

Vom Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung sind ferner noch die Kontrollrechte der nichtgeschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 713 I) sowie diejenigen der Revisoren (Art. 728 II) abzugrenzen. Sie sind für das Kontrollrecht des Aktionärs nur mittelbar bedeutsam, indem sie die Grundlagen für die Pflicht der betreffenden Organe zur Auskunftserteilung schaffen. Ihre Behandlung soll daher im Zusammenhang mit der Darstellung der zur Auskunftserteilung verpflichteten Organe erfolgen⁵⁹.

Schließlich ist noch kurz auf die *Spezialgesetzgebung* einzugehen, wobei die Frage, ob und inwiefern die allgemeinen Grundsätze über die aktienrechtliche Auskunftserteilung im Hinblick auf die Spezialvorschriften und den besonderen Zweck oder die Struktur der betreffenden AG abweichend formuliert werden müssen, im

⁵⁶ Vgl. zu dieser Problematik Fillié 53.

⁵⁷ Ebenso Grünpeter 41.

⁵⁸ Ebenso ZR 25, 322/23; Janggen/Becker, N 8 zu Art. 809 und ausführlich Indermaur 31 ff., 52 ff.

⁵⁹ Vgl. hinten 62/4 und 69/70.

Vordergrund steht. Was die *Aktienbanken* anbetrifft, so gilt auch für sie ohne Zweifel Art. 697 (Art. 16 SchUeB). Obwohl das Bankengesetz die Aktienbanken zu einer erweiterten Publizität verpflichtet (Art. 6 BkG, 19/25 VVO BkG) und eine wirksamere Kontrolle vorsieht (Art. 18/23 BkG, 30/43 VVO BkG)⁶⁰, besteht die Notwendigkeit einer über die gesetzlichen Vorlagen hinausgehenden Auskunftserteilung auch bei der Bank-AG. Umfang, Schranken und Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung richten sich im wesentlichen nach den später darzulegenden Grundsätzen für die AG im allgemeinen⁶¹, wobei sich in bezug auf den Umfang allerdings praktische Abweichungen in der Zielrichtung der Fragestellung aus den besonderen Erwerbszwecken eines Bankunternehmens ergeben können. Infolge der den Banken eigenen kapitalintensiven Erwerbstendenz wird dabei insbesondere die Auskunftserteilung über Unternehmenszusammenfassungen große Bedeutung erlangen. Das Bankengesetz weist jedenfalls in dieser Beziehung eine Lücke auf, indem es die doch vorzüglich an Unternehmenszusammenfassungen beteiligten Banken nicht zur Berichterstattung über nahestehende Unternehmen, wenn auch nur in großen Zügen, verpflichtet⁶². Gerade aus diesen dauernden Beteiligungen erwachsen und erwachsen den Banken in Zeiten wirtschaftlicher Erschütterungen die größten Gefahren, sodaß die ergänzende Kontrolle durch den einzelnen Aktionär auf diesem Gebiet von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

Auch für die *Nationalbank-AG* ist das Aktienrecht des OR subsidiär anwendbar (Art. 13 NBkG), sodaß mangels einer besonderen Vorschrift über die Kontrollrechte der Aktionäre ohne Zweifel die entsprechenden allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen gelten⁶³. Der Nationalbankaktionär ist somit grundsätzlich ebenfalls zu Begehren auf Auskunftserteilung gemäß Art. 697 berechtigt. In Anbetracht des begrenzten Geschäftskreises der Nationalbank (Art. 14 NBkG) wird diese Aufschlußberechtigung allerdings nur in engem Rahmen bestehen. Trotzdem lassen sich Umfang, Schranken und Ausübung der Auskunftserteilung im wesentlichen nach den für die

⁶⁰ Vgl. zu diesen Fragen Birchler, L.: Die Publizität im schweizer. Bankwesen, Diss. Bern 1921; Schwander, Willi: Das schweizerische Bankengesetz unter spezieller Berücksichtigung seiner wirtschaftlich wichtigen Bestimmungen, Diss. Bern 1943; Graner, Paul: Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937; Graner, Revision. Zum Bilanzrecht insbes. Müller.

⁶¹ Ebenso Muheim 111.

⁶² gl.M. Muheim 131/32.

⁶³ Ebenso Engeli, Hans Adolf: Die schweizerische Nationalbank. Die rechtliche Natur ihrer Organisation und ihrer Funktionen, Diss. Zürich 1944, 19.

gewöhnliche AG geltenden allgemeinen Regeln bestimmen, wobei lediglich in bezug auf die Schranken der Auskunftserteilung zu beachten ist, daß einem verlangten Aufschluß in vielen Fällen öffentliche volkswirtschaftliche Interessen entgegenstehen können.

Die gleichen grundsätzlichen Erwägungen gelten ferner für die *Eisenbahn-AG* (Art. 1 II des BG über das Rechnungswesen der Eisenbahnen vom 27. März 1896 [Rechnungsgesetz]) — unabhängig von etwaigen Stimmrechtsbeschränkungen — sowie für die *Versicherungs-AG*.

Zum Schluß dieser abgrenzenden Betrachtungen sei im übrigen noch darauf hingewiesen, daß die später noch im einzelnen darzustellenden Grundsätze über die aktienrechtliche Auskunftserteilung im Prinzip und mit zum Teil unwesentlichen, durch Besonderheiten der betreffenden Gesellschaftsform bedingten Abweichungen ohne Schwierigkeiten auch auf die *GmbH*, sofern sie gemäß Art. 819 II eine Kontrollstelle besitzt⁶⁴, ferner auf die *Genossenschaft*⁶⁵, deren gesetzliche Vorschriften über das Recht des Genossenschafters auf Auskunftserteilung (Art. 857) wörtlich mit denjenigen des Aktienrechts übereinstimmen, sowie selbstverständlich auch auf die *Kommandit-AG* (Art. 764 II)⁶⁶ übertragen werden können⁶⁷.

II. DIE RECHTLICHE GRUNDLAGE

Auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung muß im Interesse einer systematisch und begrifflich klaren Untersuchung vor allem eine Scheidung des allgemeinen Rechts der GV auf Auskunftserteilung vom speziellen des Aktionärs vorgenommen werden, trotzdem die beiden Rechte in bezug auf ihren Umfang keine wesentlichen Verschiedenheiten aufweisen. Dagegen unterscheiden sie sich einmal offenkundig in ihrem Träger; das erstere wird durch Beschluß der Mehrheit der Aktionäre ausgeübt, das letztere durch den einzelnen

⁶⁴ Zum gleichen Ergebnis kommt *implicite* auch Gamma 103.

⁶⁵ So ausdrücklich ab-Yberg, Alois: Die Haftung der Genossenschaftler nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1942, 49 und Lasserre 82/3; dem Sinne nach auch Hensel 97.

⁶⁶ Ebenso Lasserre 80.

⁶⁷ Es muß aus Platzgründen bei diesem Hinweis bleiben, so verlockend und aufschlußreich eine nähere Darstellung der Kontrollrechte des Gesellschafters im OR und deren ausführlicher Vergleich mit den entsprechenden Rechten des Aktionärs auch wäre.

Aktionär. Ferner sind auch in bezug auf die Art ihrer Durchsetzung wesentliche Unterschiede festzustellen, die auf ihrer verschiedenartigen Rechtsgrundlage beruhen. Während beim Recht der GV die Verwaltung klagen, d.h. den die Gesellschaftsinteressen gefährdenden Beschluß anfechten muß, wenn sie die Auskunftserteilung verweigern will, kann sie gegenüber dem Aufschlußbegehren eines Einzelaktionärs grundsätzlich ohne weiteres mit der Offenlegung zurückhalten, worauf der Aktionär klagen muß, um sein Recht durchsetzen zu können.

Vor allem aber und grundlegend unterscheiden sich die beiden Rechte in bezug auf ihre *Rechtsgrundlage*. Wir haben in früheren Betrachtungen das Mehrheitsrecht auf Auskunftserteilung als elementare Funktion des gesellschaftlichen Organismus der AG, als Ausfluß ihrer korporativen Struktur erkannt. Es besteht daher aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung. Die rechtliche Grundlage des Aufschlußrechts des Aktionärs stellt sich dagegen als eine wesentlich verschiedene dar. Durch seinen Eintritt in eine Gemeinschaft verzichtet der Einzelne zugunsten dieser Gemeinschaft auf die Ausübung seiner persönlichen Rechte, soweit diese im Verhältnis zur Gemeinschaft überhaupt von Bedeutung sind und von ihr übernommen werden können. Dieser Verzicht erfolgt im wohlverstandenen Interesse des einzelnen Mitgliedes selbst, denn nur im gemeinsamen Zusammengehen — und grundsätzlich nicht in der Geltendmachung individueller Ansprüche — kann das durch den Zusammenschluß erstrebte Ziel erreicht werden. Treuhänder dieser aufgegebenen Einzelrechte wird die Gesamtheit der an der Gemeinschaft Beteiligten, deren Repräsentant in der AG die GV ist⁶⁸. So verzichtet der Aktionär im besonderen auf sein persönliches Kontrollrecht, das somit vorerst einmal nur der GV zusteht. Der Aktionär besitzt also grundsätzlich nur das Recht, an der korporativen Kontrolltätigkeit der GV teilzunehmen.

Aus dem körperschaftlichen Aufbau der AG und der Organfunktion der zur Auskunftserteilung verpflichteten Organe ergibt sich ipso iure somit nur eine Aufschlußpflicht gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber gegenüber jedem einzelnen Aktionär. Der

⁶⁸ Vgl. Art. 689 I und deutlicher Art. 639 aOR: «Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft... zustehen, werden von der Gesamtheit der Aktionäre in der GV ausgeübt». Das PGR von Liechtenstein bringt dazu die sinngemäße Ergänzung, wenn es in Art. 332 I nach der Wiederholung des Textes des alten OR weiterfährt: «..., sofern das Gesetz eine Ausnahme nicht vorsieht». Eine solche Ausnahme ist eben gerade das Einzelrecht auf Auskunftserteilung.

Aktionär selbst ist nicht Organ der Gesellschaft, sondern hat nur bestimmte organschaftliche Betätigungen übertragen erhalten, die denn auch speziell in Gesetz oder Statuten festgelegt sein müssen⁶⁹. Erst auf dieser ausdrücklich normierten Grundlage entsteht die auf der Organfunktion von Verwaltung und Kontrollstelle beruhende Pflicht zur Auskunftserteilung auch gegenüber dem einzelnen Aktionär. Dementsprechend ist das Recht des Aktionärs nicht Ausfluß seiner mitgliedschaftlichen, sondern seiner organschaftlichen Stellung⁷⁰; es steht ihm also m.a.W. erst dann zu, wenn eine ausdrückliche gesetzliche oder statutarische Bestimmung ihm eine organschaftliche Betätigung in dieser Richtung zugesteht. *Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung ist somit als eine nur auf Grund von ausdrücklichen gesetzlichen oder statutarischen Normen bestehende spezielle organschaftliche Berechtigung zu qualifizieren, die aus dem primär allein der GV zustehenden allgemeinen Kontrollrecht abgeleitet ist.* Es kann deshalb grundsätzlich auch nur in der GV ausgeübt werden⁷¹. So zutreffend die Ausführungen von *Netter*⁷² für das Mehrheitsrecht sind, so unrichtig ist es daher, diese Folgerungen auch auf das Einzelrecht auszudehnen. Ebenso verfehlt ist es, das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung als Ausfluß eines Mandatsverhältnisses darzustellen⁷³. Das Merkmal der aktienrechtlichen Auskunftserteilung besteht — trotz formellen Ähnlichkeiten — eben gerade in diesem Unterschied; sie ist und bleibt Ausfluß eines durch die gesellschaftliche Organisation notwendig bedingten besonderen Rechtsverhältnisses, der Organstellung, und die Grundsätze des Auftragsrechts können deshalb keine Anwendung finden.

Die einzelnen aktienrechtlichen Gesetzgebungen haben von dieser Möglichkeit der ausdrücklichen Gewährung eines Rechts auf Auskunftserteilung an jeden einzelnen Aktionär nur ausnahmsweise Ge-

⁶⁹ Ebenso Grünpeter 38/9; Muheim 21/2; RGZ 82, 182 ff.

⁷⁰ Vgl. auch Brodmann, Anm. 2 d zu § 259 HGB; ausführlich Lehner 25 ff.

⁷¹ So ausdrücklich ZR 32, 263 für die Genossenschaft; ebenso für das deutsche Recht Trumpler 296.

⁷² Auskunftspflicht 19: «Diese Auskunftspflicht ist die Kehrseite der Organbildung, sie besteht als Folge der inneren Struktur des aktiengesellschaftlichen Organismus gegenüber jedem seiner Glieder, also gegenüber jedem Körperschaftsmitglied, das zur Bildung des vergesellschafteten Kapitals beigetragen, mithin Aktionäreigenschaft erworben hat». Wörtlich übernommen von Neidhardt 94 ff., 97/8.

⁷³ So Rolf, 23. Unrichtig ist ferner, das Aufschlußrecht des Aktionärs aus dem in öffentlich-rechtlichen Parlamenten üblichen Interpellationsrecht herzuleiten, wie Landolt, 189 ff., es unternimmt. Zu ähnlichen Versuchen der deutschen Literatur vgl. in ebenfalls ablehnendem Sinne Grünpeter 42 ff., 47.

brauch gemacht. Fehlt die gesetzliche Regelung, so ist es an den Gesellschaftern selbst, eine solche Bestimmung in die *Statuten* aufzunehmen, womit das Aufschlußrecht des Einzelaktionärs für die betreffende AG rechtsverbindlich gewährleistet ist. In minder verbindlicher Form kann das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung schließlich noch bestehen, wenn es auf einem durch andauernde Uebung gebildeten *Gewohnheitsrecht* beruht, welches in der Folge durch die Gerichte sanktioniert wird. Der schweizerische Gesetzgeber hingegen hat auf jeden Fall und unmißverständlich jedem einzelnen Aktionär ein Recht auf Auskunftserteilung verliehen (Art. 697). Damit wird der Grundsatz des Korporationenrechts, nach welchem nur die Gesamtheit der Beteiligten ein Kontrollrecht besitzt und das einzelne Mitglied seine individuellen Aufschlußinteressen lediglich in der Beteiligung am Mehrheitswillen geltend machen kann, zugunsten eines Einzelkontrollrechts des Aktionärs durchbrochen.

Umso unverständlicher erscheint es daher, wenn es trotzdem schweizerische Autoren gibt, die dieses Aktionärrecht schlechthin leugnen. Eine solche Stellungnahme konnte im deutschen Recht auf Grund des HGB von 1897, das keine Bestimmung über das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung enthielt, in guten Treuen und mit juristisch unanfechtbarer Begründung verfochten werden — im schweizerischen Recht bedeutet sie im Hinblick auf die klare gesetzliche Regelung eine Vergewaltigung des Gesetzestextes. So folgert *Zimmermann* aus dem Wortlaut von Art. 708 I und 714 Entw. II sowie gestützt auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 82, 182 ff., daß nicht der einzelne Aktionär über die Frage, ob und inwieweit eine Aufschlußpflicht bestehe, befinden könne, sondern daß er sich dabei der Mehrheit der Aktienstimmen zu unterwerfen habe⁷⁴. Diese Ueberlegungen bestätigen vorerst die früher gemachten Ausführungen über das primär nur der GV zustehende Kontrollrecht, bleiben aber auf halbem Wege stehen, da sie die Bedeutung der Ausnahmebestimmung von Art. 697 (Art. 713 Entw. II) völlig verkennen und übergehen. Denn gerade durch diese Gesetzesbestimmung wird die von *Zimmermann* vertretene These vom alleinigen Kontrollrecht der GV widerlegt. Die nachfolgende Literatur hat richtigerweise die Ansicht *Zimmermanns* nicht übernommen, und auch die Rechtspre-

⁷⁴ *Zimmermann*, Buchführung, 160 a ff., 192 a; ebenso *Szücs* 40. Die auf Grund des deutschen Rechtes angestellten Erwägungen des Reichsgerichts können für das schweizerische Recht aus den eben angeführten Gründen selbstverständlich nicht als maßgebend betrachtet werden.

chung hat sie als mit der geltenden schweizerischen Gesetzgebung unvereinbar ausdrücklich abgelehnt⁷⁵.

Es kann somit für das schweizerische Recht kein Zweifel bestehen, daß jedem Aktionär auf Grund von Art. 697 ein Individualrecht auf Auskunftserteilung zur Verfügung steht, das zudem durch den Gesetzgeber noch ausdrücklich gegen eine völlige Aufhebung oder eine ohne Zustimmung des Aktionärs erfolgende Beschränkung geschützt wird (Art. 697 IV). Art. 697 stellt damit recht eigentlich *eine Durchbrechung des allgemeinen Mehrheitsprinzips auf dem Gebiete des Kontrollrechts* dar.

III. RECHTLICHER CHARAKTER IM ALLGEMEINEN

Mit der kapitalmäßigen Beteiligung an einer AG tritt der Einzelne in das als «Mitgliedschaft» bezeichnete Rechtsverhältnis ein, welches einerseits die Vermögensrechte⁷⁶ — wie das Recht auf Dividende (Art. 660 I) und das Recht auf die Liquidationsquote (Art. 660 II) — umfaßt. Ihren Inhalt empfangen diese vermögensrechtlichen Ansprüche aber erst durch die wirtschaftliche Lage der AG und deren Gedeihen. Darum wird jedem Aktionär auch eine Einwirkung auf die Gestaltung der Vermögensrechte durch Verwaltungsrechte in den Gesellschaftsangelegenheiten eingeräumt. Die Mitgliedschaft bei einer AG umfaßt deshalb andererseits auch die Mitverwaltungsrechte⁷⁷ — wie das grundlegende Recht auf Teilnahme an der GV (Art. 689/90) oder das praktisch wichtigste, das Stimmrecht (Art. 692) —, in deren Rahmen der einzelne Aktionär an der Willensbildung der Körperschaft teilnimmt⁷⁸. Nach dem Inhalt der Berechtigung stellt sich somit auch das Recht auf Auskunftserteilung als ein *Mitverwaltungsrecht* dar.

Nach der Art ihrer Ausübung eingeteilt, sind die dem Aktionär in der GV zustehenden mitgliedschaftlichen Befugnisse vornehmlich Ge-

⁷⁵ Vgl. A. Wieland 377 und insbes. Neidhardt 86/7, der den grundlegenden Unterschied der schweizerischen zur deutschen Regelung ausdrücklich betont. Ebenso ZR 27, 74.

⁷⁶ Sie werden auch Nutzungs-, Wert- oder Forderungsrechte, selbstnützige Rechte, Rechte auf vermögenswerte Leistungen genannt.

⁷⁷ In der Literatur auch als Organschaftsrechte, persönliche Betätigungsrechte, gemeinnützige Rechte, gesellschaftliche Herrschaftsrechte, Beteiligungsrechte bezeichnet. Das Gesetz nennt sie «Persönliche Mitgliedschaftsrechte» (Marginale zu Art. 689).

⁷⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Lehmann, Geschichte, 66.

samtrechte (Kollektivrechte)⁷⁹ insofern, als der einzelne Aktionär nur in Gemeinschaft mit den übrigen Aktionären den rechtlich relevanten Willen der juristischen Person bilden kann. Daneben hat der Gesetzgeber zur Abschwächung des leicht zu mißbrauchenden Mehrheitsprinzips aber auch Minderheitsrechte (Minoritätenrechte) geschaffen, deren Ausübung an eine bestimmte Mindestzahl von Aktien oder Aktionären gebunden ist und die von der Doktrin in negative (Art. 636, 648, 649, 655, 658) und positive (Art. 699 III, 736 Ziff. 4) eingeteilt werden⁸⁰. Demgegenüber nennt die Literatur jene Befugnisse *Einzelrechte* (Individualrechte)⁸¹, die dadurch charakterisiert sind, daß sie schon vom einzelnen Aktionär geltend gemacht werden können, der Aktionär zu ihrer Ausübung also keiner Unterstützung durch eine Minderheit oder Mehrheit bedarf. Diese Ausstattung des einzelnen Aktionärs mit Herrschaftsbefugnissen innerhalb der gesellschaftlichen Organisation stellt die letzte Entwicklungsstufe des Aktionärschutzes dar⁸². Zu diesen Einzelrechten gehören im schweizerischen Aktienrecht neben sämtlichen Vermögensrechten auch Mitverwaltungsrechte, wie das Anfechtungsrecht (Art. 706) und insbesondere das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung.

Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung wird von einem Großteil der Literatur nur als ein unselbständiges Hilfs- oder Vorbereitungsgesamtrecht im Kreise der übrigen Aktionärsrechte bezeichnet. Es wird durchwegs nur als Zubehör und Ausfluß des Stimmrechts oder des Debatterechts charakterisiert, da es derart eng mit diesen beiden Rechten verknüpft und durch sie bedingt sei, daß es von ihnen nicht getrennt werden könne⁸³. Ähnlich drückte sich das Bundesgericht in einem über die Berufungsfähigkeit des klageweise durchgesetzten Aufschlußrechts des Aktionärs ergangenen Entscheid vom 1. Februar 1927⁸⁴ aus, wenn es das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung bloß als eine Befugnis sekundärer Art bezeichnete, die ohne selbständigen Wert sei, weil sie lediglich zur Durchführung anderer, dem Aktionär aus der Mitgliedschaft erwachsender Ansprüche, insbesondere gewisser absoluter Einzelberechtigungen (Recht auf Teilnahme an

⁷⁹ Vgl. Wieland II 185.

⁸⁰ Vgl. dazu Wieland II 185, Indermaur 15/7 und vorne 37.

⁸¹ Wieland II 185.

⁸² Vgl. Bachmann, Sonderrechte, 21; Art. 755 II Entw. I; Bericht I 129/30.

⁸³ So Horowitz, Auskunft, 888; Sontag 80; Rolf 62/3; Müller-Erzbach, Handelsrecht, 289/90; Brodmann, Anm. 2 d zu § 259 HGB; Fillié 42; Staub/Pinner, Anm. 20 zu § 260 HGB; Pinner, Anm. 20 zu § 260 HGB; C. Fischer 48; Neidhardt 85, 123; Grunpeter 53; Peyer 61/2.

⁸⁴ BGE 53 II 74/6. Im gleichen Sinne neuerdings auch das Zürcher Kassationsgericht, ZR 47, 203.

der Verwaltung: Stimmrecht und damit zusammenhängende Befugnisse, Vertretungs- und Minderheitsrechte, Recht auf Schadenersatz usw.) gegeben und deshalb von diesen Rechten, denen sie diene, abhängig sei. Der aus Art. 641 IV aOR hergeleitete Anspruch auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher⁸⁵ sei nicht dazu bestimmt, inhaltlich ein selbständiges zivilrechtliches Interesse zu befriedigen, da die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zum Schutze der dem Aktionär gesetzlich eingeräumten Rechtsstellung sei. Der Entscheid der kantonalen Instanz sei daher nur ein solcher bloß präparatorischer Natur und eine Berufung an das Bundesgericht deshalb nicht möglich. Diese Auffassungen gehen jedoch von einer allzu oberflächlichen Untersuchung über die Grundlage und den rechtlichen Charakter des Rechts auf Auskunftserteilung aus, sodaß ihnen keineswegs beigetreten werden kann.

Um zu einer zutreffenden *rechtlichen* Würdigung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung zu gelangen, muß unbedingt sein materieller Inhalt und damit sein rechtlicher Charakter von seinen formellen Voraussetzungen und seinem eventuellen praktischen Zweck geschieden werden. *Materiell-rechtlich* betrachtet ist das Recht auf Auskunftserteilung durchaus ein *selbständiges Grundrecht jedes Aktionärs* und steht damit auf gleicher Stufe wie die übrigen Mitverwaltungsrechte des Aktionärs⁸⁶. Das Aufschlußrecht des Aktionärs ist ebensosehr Ausfluß des allgemeinen Rechts auf Mitverwaltung wie das Stimmrecht oder das Debatterecht. Es gibt dem Aktionär eine Befugnis ganz besonderer Art, nämlich jene, sich über die Vermögenslage und die Tätigkeit der Gesellschaft ein Bild zu machen. Der Anspruch auf Auskunftserteilung gründet sich nicht auf andere, vielleicht praktisch wichtigere Aktionärrechte wie etwa das Stimmrecht, sondern auf die *Rechenschaftspflicht der Verwaltung über fremdes Kapital*. Der Aktionär ist nicht nur Gesellschafter, der kraft seines Stimmrechts in beschränktem Maße an der korporativen Willensbildung der AG teilnehmen kann, sondern er ist zugleich *Kapitalgeber* und hat daher ein unabhängiges und selbständiges Recht, zu erfahren, wie das von ihm zur Verfügung gestellte Kapital verwaltet wird und welches der Erfolg dieser Verwal-

⁸⁵ Diesem Anspruch ist unter dem rev. OR sinngemäß die Verschaffung von beglaubigten Abschriften aus den Geschäftsbüchern auf richterliche Verfügung hin (Art. 697 III) gleichzusetzen.

⁸⁶ So ausdrücklich Thalmann, Sten.Bull. St.R. 1931, 407; ebenso Wieland II 196; Muheim 30/1; Nord, ZBH 8 (1933) 35/6; Schlegelberger/Quassowski, Anm. 2 zu § 112 DAG; Trumpler 296; BGE 54 II 24/5. Ausführlicher Klostermann 64 ff.; Dech 35/6, 51; Ronner 21, 35.

tung ist. Er kann deshalb von seinem Aufschlußrecht Gebrauch machen, ohne sein Stimmrecht zu betätigen und kann umgekehrt sein Stimmrecht ausüben, ohne sich vorher über die Angelegenheiten der Gesellschaft näher unterrichtet zu haben⁸⁷. Von der Aufklärung über die Lage der Gesellschaft im weitesten Sinne ist also nicht nur seine Stimmabgabe abhängig, sondern sein ganzes Verhalten der Gesellschaft gegenüber. Nur dadurch, daß er sich in ausreichendem Maße über alle ihm wichtig erscheinenden Fragen unterrichtet, kann er die Aufgaben erfüllen, die ihm im Gesamtorganismus der Gesellschaft obliegen und die sich nicht in der Stimmabgabe allein erschöpfen, sondern auch eine ihm vom Gesetzgeber ausdrücklich delegierte Aufsichtsbefugnis umfassen. Das *Recht des Mitwissens* ist somit ein selbständiges, von der Mitwirkung unabhängiges Aktionärrecht, das die Gesellschaftsorgane im Gegensatz zu den Mitwirkungsrechten nicht nur zu einem passiven Unterlassen jeglicher zweckhindernder Beschränkung, sondern zu einem positiven Tun, zur Auskunftserteilung verpflichtet.

Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung muß daher entgegen der in BGE 53 II 74 ff. und in einem Teil der Literatur vertretenen Ansicht auf die gleiche Stufe wie die andern, dem Aktionär aus der Mitgliedschaft erwachsenden Ansprüche gestellt werden. Es ist ebensosehr eine «absolute Einzelberechtigung» des Aktionärs wie das Stimmrecht, das Debattierrecht oder das Recht auf Schadenersatz. Eine andere Charakterisierung würde im übrigen mit der vom Bundesgericht in BGE 54 II 24/5 zum Ausdruck gebrachten Auffassung, wonach die Geltendmachung der dem Aktionär aus seiner Mitgliedschaft fließenden Mitverwaltungsrechte sich nicht in der Ausübung des Stimmrechts erschöpfe, sondern dem Aktionär durch Art. 641 IV aOR (Art. 697) auch ein, freilich durch die Rücksichtnahme auf das Geschäftsgeheimnis beschränktes Kontrollrecht gewährleistet sei, in Widerspruch stehen. Damit wurde vom Bundesgericht die *Gleichwertigkeit des Aufschlußanspruchs des Aktionärs* mit dessen übrigen Mitverwaltungsrechten eindeutig festgestellt. Mit dieser Feststellung

⁸⁷ Es sind daher Aktionäre, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, trotzdem berechtigt, Aufschlüsse zu verlangen. Im neuen deutschen Aktienrecht sind dementsprechend auch Inhaber von stimmrechtslosen Vorzugsaktien (§ 115 ff. DAG) auskunftsberechtigt; vgl. Schlegelberger/Quassowski, Anm. 2 zu § 112 DAG; Trumpler 296; Dech 36. Die Notwendigkeit der Beibehaltung des Auskunftsrechts des Einzelaktionärs anerkennt sogar Müller-Erzbach (Umgestaltung 33), der im übrigen dem Kleinaktionär das Stimmrecht entziehen will; dazu auch hinten 104.

steht aber die in BGE 53 II 74 ff. vertretene Ansicht ebenso eindeutig in Widerspruch.

Die selbständige Stellung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung kommt im übrigen auch in der Systematik des Gesetzes sowie dadurch zum Ausdruck, daß ihm der Gesetzgeber den bedeutenden Charakter eines *wohlerworbenen Rechts* im Sinne von Art. 646 verliehen hat (Art. 697 IV)⁸⁸. Diese Verleihung findet zudem — im Gegensatz zu allen übrigen Aktionärrechten — noch ausdrücklich im Zusammenhang mit der Regelung des Rechtes selber statt, womit der Gesetzgeber bestimmt die selbständige Bedeutung des Kontrollrechts des Aktionärs unterstreichen wollte.

Würde es sich beim Aufschlußanspruch des Aktionärs lediglich um eine Befugnis sekundärer Art ohne selbständigen Wert handeln, die nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zum Schutze der dem Aktionär gesetzlich eingeräumten Rechtsstellung ist und als bloß vorbeitende Maßnahme nur zur Verschaffung von tatsächlichen Unterlagen dienen soll, so hätte ferner für den Gesetzgeber gar keine Veranlassung bestanden, das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung ausdrücklich zu regeln. Denn solche Befugnisse rein sekundärer Art standen und stehen dem Aktionär schon im Editionsrecht zur Verfügung (Art. 379 aOR, Art. 963). Gerade weil aber das Kontrollrecht des Aktionärs ganz besondere, über solche Befugnisse sekundärer Art hinausgehende Aufgaben zu erfüllen bestimmt ist, enthält das schweizerische Aktienrecht seine ausdrückliche Gewährleistung⁸⁹.

Auch die vom Bundesgericht in BGE 53 II 75 gegebene Begründung, die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher (nach neuem Recht sinngemäß die Verschaffung von beglaubigten Abschriften) sei nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zum Schutze der dem Aktionär gesetzlich eingeräumten Rechtsstellung, ermangelt jeder sachlichen Rechtfertigung. Die gleiche Argumentation trifft selbstverständlich auch auf andere Mitverwaltungsrechte des Aktionärs zu, denen das Bundesgericht einen materiellen Inhalt zur selbständigen Befriedigung eines zivilrechtlichen Interesses und damit eine selbständige

⁸⁸ Ueber den Begriff des wohlerworbenen Rechts und die damit zusammenhängenden Probleme ist schon genug geschrieben worden, als daß hier noch einmal näher darauf eingetreten werden müßte. Vgl. zu diesen Fragen Botschaft 27; Protokoll 216; Sten.Bull. St.R. 1931, 364; Fick, ZBH 2 (1927) 179 ff., 276 ff.; Schucany, N 6 ff. zu Art. 646; Siegwart, N 31 ff. zu Art. 646 und vor allem die einen sehr guten Ueberblick bietende Abhandlung von Weiß, insbes. 529 ff. Zur besonderen Auswirkung dieses wohlerworbenen Charakters auf das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung vgl. hinten 205/6, 210/11 und 220/21.

⁸⁹ Näheres zum Editionsrecht und zu seinem Verhältnis zum Klagerecht auf Auskunftserteilung hinten 220.

Stellung zubilligt. Letzten Endes sind sämtliche Mitverwaltungsrechte des Aktionärs ein Mittel zum Schutze der ihm eingeräumten Rechtsstellung, zum Schutze seiner Mitgliedschaft. Das zeigt sich insbesondere bei dem vom Bundesgericht angeführten und als selbständigen Anspruch bezeichneten Recht auf Schadenersatz, das nichts anderes ist als ein Mittel zum Schutz der vermögensrechtlichen Stellung des Aktionärs. Noch deutlicher trifft diese Argumentation für den Anspruch auf Vertretung in der Verwaltung gemäß Art. 708 IV zu, welchen das Bundesgericht als berufungsfähig betrachtet⁹⁰. Dieser Anspruch ist nun ganz offensichtlich ein «Mittel zum Schutze der dem Aktionär gesetzlich eingeräumten Rechtsstellung», denn mittels dieser Vertretung sollen die Interessen von Aktionärgruppen mit verschiedener Rechtsstellung gewahrt werden. Die Begründung des Bundesgerichts, der Anspruch des Aktionärs aus Art. 641 IV aOR (Art. 697 III) besitze keinen selbständigen materiell-rechtlichen Inhalt und sei deshalb nicht berufungsfähig, weil er nur ein Mittel zum Schutze der dem Aktionär eingeräumten Rechtsstellung sei, kann somit nicht als stichhaltig betrachtet werden.

Von diesem materiellen Inhalt und rechtlichen Charakter des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung als selbständiges Recht auf Mitwissen, als Ausfluß der Stellung des Aktionärs als Kapitalgeber und als Korrelat der der Verwaltung obliegenden Rechenschaftspflicht über die Verwendung des ihr bzw. der Gesellschaft zur Verfügung gestellten fremden Kapitals sind nun aber sein *praktischer Zweck* und seine *eventuellen praktischen Wirkungen* zu unterscheiden. *Formell-praktisch* betrachtet wird die Geltendmachung des Aufschlußrechts zwar meistens ein Mittel sein, um dem Aktionär die nötigen Unterlagen für die Abstimmung in der GV zu beschaffen und sich so ein selbständiges Urteil über die Gegenstände der Beschlußfassung zu bilden. Auch mag der Aktionär sich sehr oft mit Hilfe seines Rechts auf Auskunftserteilung Unterlagen und Beweismittel für die Anhebung einer Anfechtungs- oder Schadenersatzklage sichern⁹¹. Vom Gesichtspunkt des praktischen Zweckes und eventueller praktischer Wirkungen aus kann daher das Aufschlußrecht des Aktionärs sehr wohl als notwendige Ergänzung des Stimmrechts und des Debatte-rechts oder als unentbehrliche Grundlage zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen die Gesellschaft charakterisiert werden⁹². Von diesem

⁹⁰ Vgl. BGE 66 II 43 ff.

⁹¹ So auch Wieland II 196; Hug, Revision, 97; Schlegelberger/Quassowski, Anm. 2 zu § 112 DAG.

⁹² In letzterem Sinne Weiß 534/35.

praktischen Gesichtspunkt muß aber die rechtliche Qualifikation unbedingt scharf getrennt werden. Da dem Aufschlußanspruch des Aktionärs durchaus ein selbständiges materiell-rechtliches Interesse innewohnt, kann er deshalb auch ohne weiteres als Selbstzweck geltend gemacht werden, indem der Aktionär Aufklärung verlangt, um sein Interesse als Kapitalgeber zu befriedigen. Der Zweck, Unterlagen für eine Abstimmung in der GV oder für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu erlangen, braucht mit dem Verlangen nach Auskunftserteilung nicht verfolgt zu werden und ist für die Voraussetzung eines Aufschlußbegehrens keineswegs als typisch zu betrachten⁹³. Der Aktionär wird im Gegenteil in der Mehrzahl der Fälle sein Recht auf Aufklärung überhaupt nicht dazu benützen, die von der GV genehmigte Bilanz anzufechten, sich Beweismittel für eine Schadenersatzklage zu sichern oder sich Unterlagen für die Beschlußfassung zu verschaffen, «sondern in erster Linie um sich über den Wert seiner Aktie und die Zukunft der Gesellschaft zu orientieren»⁹⁴. In einem für das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung in jeder Hinsicht bedeutsamen (und durch die Auswirkungen dieser Arbeit in der Praxis angeregten) Entscheid hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich diese zweifach geschichteten Zusammenhänge sehr richtig erkannt, wenn es dazu folgendes ausführt: «Das Auskunftsrecht wird dem Aktionär vom schweizerischen Recht zuerkannt, um ihm bei Ausübung seiner Mitverwaltungsrechte in der GV eine eigene Urteilsbildung zu ermöglichen. Auch soll er sich durch das Auskunftsrecht die Grundlage für allfällige Anfechtungs- und Schadenersatzansprüche beschaffen können»⁹⁵.

Wenn daher das Bundesgericht in BGE 53 II 75 zum Schluß noch ausführt, der Aufschlußanspruch des Aktionärs sei lediglich eine vorbereitende Maßnahme zur Verschaffung von tatsächlichen Unterlagen, gestützt auf die der Aktionär dann selbständige materiell-rechtliche Ansprüche geltend machen könne, so hält es damit den rechtlichen Charakter und die praktischen Voraussetzungen des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung keineswegs auseinander, sondern *verwechselt Ursache und Wirkung*. Das Kontrollrecht des Aktionärs kann deshalb eben nicht als ein «Anspruch bloß präparatorischer Natur» bezeichnet und ebensowenig mit einem Begehren um Sicherstellung des Frauengutes, um Anordnung eines Erbschaftsinventars oder um Löschung eines Bauhandwerkerpfandrechts verglichen oder

⁹³ Ähnlich Schlegelberger/Quassowski, Anm. 2 zu § 112 DAG.

⁹⁴ A. Wieland 378.

⁹⁵ ZR 47, 204.

gleichgestellt werden⁹⁶. Ob der Aktionär nach Erhalt der von ihm in seiner Eigenschaft als Kapitalgeber und Gesellschafter verlangten Aufklärung weitere Schritte wie etwa die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage einleitet, kann doch nichts über den rechtlichen Charakter oder Inhalt des Aufschlußanspruchs aussagen, sondern beschlägt lediglich die praktische Wirkung des Kontrollrechts des Aktionärs. In der Tat wird das Recht auf Auskunftserteilung in der Praxis vielfach erst dann geltend gemacht, wenn begründeter Verdacht besteht, die Verwaltung habe das ihr mittelbar zur Verfügung gestellte Kapital unsorgfältig oder zweckwidrig verwendet und sich damit eine Pflichtverletzung zuschulden kommen lassen, die die Voraussetzungen für die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage schaffen würde. Macht nun aber der Aktionär auf Grund der ihm mittels seines Aufschlußrechts zugekommenen Mitteilungen und Unterlagen in einem Verantwortlichkeitsprozeß Schadenersatzansprüche geltend, so ist die Anhebung dieser Klage keinesfalls eine rechtliche Folge seines Kontrollrechts, sondern nur die rein praktische Wirkung der ihm neu zur Kenntnis gekommenen Tatsachen. Diese praktische Folge beruht aber auf einem neuen Entschluß des betreffenden Aktionärs, welcher in keiner rechtlichen Beziehung zum Aufschlußanspruch steht, sondern eine *reine Tatsachenwirkung* ist. Die konkrete Verantwortlichkeitsklage wäre also rechtlich völlig unabhängig von der vorausgegangenen Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung und kann deshalb in keine Beziehung zum rechtlichen Charakter und Inhalt dieses Aktionärrechts gebracht werden.

Eine andere Ansicht würde geradezu eine rechtliche Verpflichtung des Aktionärs involvieren, nach Durchsetzung seines Aufschlußrechts als «Maßnahme bloß präparatorischer Natur» noch eine Schadenersatzklage anzustrengen. Die Konstruktion einer solchen Verpflichtung wäre aber widersinnig, da der Aktionär ohne weiteres berechtigt ist, sein Recht auf Auskunftserteilung nur um der Auskunftserteilung willen, als Selbstzweck geltend zu machen. Rechtlicher Charakter eines Rechtsanspruchs und dessen eventuelle spätere praktische Folgen müssen daher unbedingt streng auseinandergehalten werden. Wird dieses Gebot nicht beachtet, so gelangt man zu widersinnigen juristischen Irrschlüssen. Wollte man sich die Argumentation des Bundesgerichts, daß die nach Durchsetzung des Aufschlußanspruchs sich später allfällig ergebenden weiteren Schritte und Folgen für den rechtlichen Charakter des Anspruchs selbst bestimmend seien, zu

⁹⁶ Vgl. BGE 53 II 76 und dort angeführte Entscheide.

eigen machen, so wäre jeder dogmatischen Charakterisierung des rechtlichen Inhalts eines Rechtsanspruchs die Grundlage entzogen.

Wir gelangen somit zusammenfassend zum Ergebnis, *daß das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung einerseits nur auf Grund ausdrücklicher Statuierung in Gesetz oder Statuten oder auf Grund richterlich sanktionierter Uebung besteht, und daß dieses Recht andererseits durchaus als selbständiger und unabhängiger Bestandteil des allgemeinen Rechts des Aktionärs auf Mitverwaltung zu qualifizieren und damit ein selbständiges zivilrechtliches Interesse zu befriedigen bestimmt ist*⁹⁷.

⁹⁷ Die vorstehenden einläßlichen Ausführungen über den rechtlichen Charakter des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung beruhen nicht nur auf der Notwendigkeit einer klaren dogmatischen Charakterisierung und stellen deshalb auch nicht nur einen theoretischen Streit um Worte dar. Die aus ihnen gewonnenen Erkenntnisse sind vielmehr vor allem für die allgemeine Umfangsbestimmung der Auskunftserteilung (vgl. hinten 192 ff.) außerordentlich bedeutsam.

2. Kapitel

Die Subjekte des Rechts auf Auskunftserteilung

1. DER ANSPRUCH AUF AUSKUNFTSERTEILUNG

Nach dem Wortlaut von Art. 697 ist es der Aktionär, der allein berechtigt ist, das Recht auf Auskunftserteilung auszuüben. *Der Grundsatz, daß nur die Aktionäreigenschaft einen Anspruch auf Auskunftserteilung verleiht*, ist denn auch die Grundlage, auf der im folgenden aufzubauen sein wird. Damit sind selbstverständlich unbeteiligte Dritte, die weder zur Gesellschaft noch zum Aktionär in Rechtsbeziehungen stehen, ausgeschlossen. Nicht berechtigt sind ferner die Gläubiger der AG, denen nur die Rechte aus Art. 704 zustehen, sowie die Obligationäre, deren Kontrollbefugnisse an den Vertreter der Gläubigergemeinschaft delegiert werden¹. Ebenso wenig besitzen die Inhaber von Genußscheinen einen aus Art. 697 abzuleitenden Anspruch auf Auskunftserteilung (Art. 657 IV). Da sich aus der Natur der Genußscheine als bedingte Gläubigerrechte, deren Eigenart eben gerade in einer Abhängigkeit vom innergesellschaftlichen Leben liegt, aber doch ein legitimes Kontrollinteresse ihrer Eigentümer ergibt, unterstellt sie das Gesetz folgerichtig den Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen (Art. 657 III).

Mit der Feststellung, daß nur die Aktionäreigenschaft einen Anspruch auf Auskunftserteilung verschaffe, ist aber noch keine Lösung für den oft sehr schwierig sich darstellenden Einzelfall gegeben. Es müssen daher im folgenden noch kurz verschiedene praktisch wichtige Tatbestände untersucht werden, wie sie sich insbesondere bei der Veräußerung und Verpfändung von Aktien, sowie im Falle der Nutznießung und der Bevollmächtigung ergeben². Diese Untersuchung kann sich nach den Grundsätzen richten, die für die Teilnahmeberechtigung an der GV überhaupt und insbesondere für die Ausübung des Stimmrechts als wichtigstem Mitverwaltungsrecht entwickelt worden sind und denen auch das Gesetz seine besondere Aufmerksamkeit geschenkt hat.

¹ Vgl. vorne 28/9.

² Eine Abklärung dieser Fragen ist umso notwendiger, als sich von den früheren Spezialarbeiten keine einzige darüber ausläßt.

1. Die Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung mit eigenen Aktien

Was die *Rechtsverhältnisse bei der Veräußerung von Aktien* anbetrifft, so gestaltet sich die Rechtslage bei *Inhaberaktien* einfach. Der Erwerber erhält mit der Uebergabe des Titels auf Grund eines gültigen Uebertragungsgeschäftes sämtliche der Aktie entspringenden Rechte. Durch seinen Aktienbesitz ist er zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte legitimiert; der Besitzausweis erfolgt durch Vorlegung der Inhaberaktien oder auf andere von der Verwaltung angeordnete Weise (Art. 689 IV)³. Schwierigere Verhältnisse ergeben sich im Falle der Uebertragung von *Namenaktien* (Art. 684/87). Zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage, wer zur Ausübung des Aufschlußrechtes legitimiert sei, sind dabei aber nicht die Eigentumsverhältnisse am Aktientitel entscheidend⁴, sondern die Legitimation zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte, die nach Art. 685 IV dem im Aktienbuch eingetragenen Aktionär zusteht, denn nur dieser hat die Rechte und Pflichten eines solchen⁵. Voraussetzung dieser Eintragung ist allerdings eine gültige wertpapierrechtliche Uebertragung des Eigentums (Art. 685 II); die Eintragung selbst erfolgt jedoch nur zum Zwecke der Legitimationsverschaffung zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte, und sie hat somit konstitutive Wirkung nur in bezug auf die Legitimation, nicht aber in bezug auf den Eigentumsübergang⁶. Während also der Inhaberaktionär schon durch die Tatsache seines Aktienbesitzes zur Ausübung des Aufschlußrechtes in der GV berechtigt ist, wird der Namenaktionär dazu erst durch die Eintragung im Aktienbuch legitimiert.

³ In der Regel Hinterlegung oder vorgängige Anmeldung der Aktien mit nachfolgender Aushändigung eines Aktionärausweises (GV-Eintrittskarte); dazu im einzelnen Moser 35 ff., 81/2; BGE 50 II 496 ff.

⁴ Vgl. zur Frage des Eigentumsüberganges an vinkulierten Namenaktien u.a. Wieland, A.: Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namensaktien nach dem rev. OR, Basel 1945, insbes. 84 und derselbe, SJZ 42 (1946) 65 ff. und 48 (1952) 1 ff. und 17 ff.; ferner — die bisherige Literatur zusammenfassend — F. v. Steiger 156/58 sowie Pestalozzi-Henggeler, Regula: Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948, insbes. 126 ff.

⁵ BGE 65 II 225 ff. Solange die Eintragung des Erwerbes noch nicht erfolgt ist, bleibt somit der Veräußerer zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte berechtigt.

⁶ Ebenso für Anerkennung der Legitimationstheorie u.a. Moser 84; ZR 39, 216; SJZ 38 (1941/42) 315 und BGE 69 II 313 ff. und 75 II 351/52; für das deutsche Recht RGZ 123, 279 ff. Zur übrigen Literatur Pestalozzi-Henggeler a.a.O. 60 ff.

Bestehen in einer AG *besondere Formen von Aktientiteln*, so ändert das am Anspruch auf Auskunftserteilung grundsätzlich nichts. So sind etwa die unter der altrechtlichen Regelung entwickelten *Genußaktien*⁷ — im Gegensatz zum Genußschein, der nur Gläubigerrechte gewährt — richtige Aktien, und der aus ihnen Berechtigte ist somit zur Geltendmachung des Aufschlußrechtes ohne weiteres befugt. Im gleichen Umfange haben Inhaber von *Gratisaktien*⁸ ein Recht auf Ausübung sämtlicher Mitverwaltungsrechte und damit auch auf den Anspruch auf Auskunftserteilung, ebenso wie die Inhaber von *Interimsscheinen* (Art. 688), die bei Gründungen oder Neuemissionen häufig ausgegeben werden⁹. Schließlich sind in der konstituierenden GV (Art. 634) die zukünftigen Aktionäre auf Grund des *Zeichnungsscheines* zur Geltendmachung des Rechts auf Auskunftserteilung legitimiert.

2. Die Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung mit fremden Aktien

Nach Art. 689 II kann der Aktionär seine Aktien in der GV selbst vertreten oder aber durch einen Dritten vertreten lassen. Der *Bevollmächtigte* tritt im Namen des Aktieneigentümers auf und bedarf deshalb einer schriftlichen Vollmacht, die wegen der Legitimationsfunktion der Inhaberaktie jedoch nur bei Namenaktien notwendig ist (Art. 689 III). Diesem gewillkürten Vertreter stehen selbstverständlich alle Rechte des Aktieneigentümers zu, somit u.a. auch der Anspruch auf Auskunftserteilung. *Verpfändete Aktien* werden mangels gegenteiliger Vereinbarung in der GV durch den Eigentümer und nicht durch den Pfandgläubiger vertreten (Art. 689 V Ziff. 1, Art. 905 ZGB); der letztere ist natürlich verpflichtet, dem Eigentümer die Ausübung der Mitverwaltungsrechte zu ermöglichen. Soll der Pfandgläubiger zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte berechtigt werden, so bedarf er dazu einer in einer besonderen Urkunde ausgestellten Vertretungsvollmacht (Art. 689 V Ziff. 2) und hat sich in der GV entsprechend den Interessen des Eigentümers zu verhalten. Die gleiche Regelung trifft gemäß Art. 689 V für Depotaktien (Hinterlegung) und entlehnte Aktien zu. In diesem Zusammenhang ist

⁷ Vgl. dazu Endreß, Gerhard: Die Genußaktie, Diss. Bern 1937 und F. v. Steiger 297 ff.

⁸ Dazu Kolb, Kurt: Die Gratisaktie, Diss. Bern 1945.

⁹ Vgl. Siegwart, N 41 zu Art. 622.

auch die Stellung des *Zertifikatsinhabers bei Investment Trusts* zu erwähnen¹⁰. Der Investment Trust ist eine kollektive Kapitalanlage zum Zwecke der Risikoverteilung. Aus dieser Zweckbestimmung folgt, daß der Zertifikatsinhaber mangels eines entsprechenden Interesses regelmäßig die Hinterlegungsstelle der Wertpapiere (trustee) mit der Ausübung der Aktionärrechte als einer ordentlichen Verwaltungsaufgabe, zu der sie auf Grund des Treuhandvertrages (trust agreement) befugt ist, beauftragt wird; sie kann in besonderen Fällen auch die Trustleitung zur Ausübung legitimieren. Die Hinterlegungsstelle — durchwegs eine Bank — bedarf zu dieser Vertretung einer in einer besonderen Urkunde enthaltenen Vollmacht (Art. 689 V Ziff. 2)¹¹.

Steht eine Aktie in *gemeinschaftlichem Eigentum* (Art. 646/54 ZGB), so können die Berechtigten die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinsamen Vertreter geltend machen (Art. 690 I), da die aus der Aktie fließenden Rechte nicht teilbar sind. Diese Regelung wird vor allem bedeutsam bei Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Mitverwaltungsrechte (*Konsortial- oder Poolverträge*)¹². Sofern die Bindung so weit geht, daß die Konsorten ihre Aktien in die damit entstehende einfache Gesellschaft einbringen und somit Gesamthandvermögen (Art. 544 I) entsteht, wird die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters notwendig. Die Bindung ist in diesem Fall eine totale und die Mitgliedschaft des einzelnen Konsorten erlischt. In Ausübung der Mitverwaltungsrechte aus den gebundenen Aktien handelt er daher nicht mehr als Eigentümer, sondern als Vertreter. Regelmäßig gehen jedoch diese Vereinbarungen nicht so weit, denn so sehr diese totale Bindung vom Standpunkt des Konsortiums aus wünschenswert erscheint, da damit jede vertragswidrige Ausübung von gebundenen Aktionärrechten durch den einzelnen Konsorten ausgeschlossen wird, so sehr wird jeder der Beteiligten vor einer solchen Intensität der Bindung zurückschrecken. Daher wird zumeist ein gemeinschaftliches Eigentum im Vertrag ausgeschlossen und die Bindung lediglich auf Abstimmungsvereinbarungen¹³ erstreckt. Somit verbleiben den einzelnen Konsorten die übrigen Mitverwaltungsrechte und insbesondere das Recht auf Auskunftserteilung.

¹⁰ Vgl. dazu im einzelnen Boveri, Ursula: Ueber die rechtliche Natur der Investment Trusts und die Rechtsstellung des Zertifikatsinhabers, Diss. Zürich 1945.

¹¹ Vgl. Boveri a.a.O. 81/2.

¹² Vgl. dazu Stuber, Rudolf: Aktionärkonsortien, Diss. Zürich 1944, 34 ff.

¹³ Dazu auch Moser 74 ff. und v. Steiger, SAG 14 (1941/42) 14.

Neben der gewillkürten besteht die *gesetzliche Vertretung* überall dort, wo dem Vertreter die Befugnis zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte mit fremden Aktien nicht auf Grund eines Rechtsgeschäftes, sondern durch das Gesetz verliehen wird. In der Regel ist diese gesetzliche Vertretungsmacht exklusiv, sodaß nicht der Aktiencigentümer, sondern nur ein gesetzlicher Vertreter zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte befähigt ist¹⁴. Ausgedehnte Kontroversen haben sich unter dem alten OR bei der Frage ergeben, wem die Ausübung der Mitverwaltungsrechte im Falle der *Nutznießung* (Art. 745 ff. ZGB) zustehe¹⁵. Das revidierte OR hat die Frage in Art. 690 II dahin gelöst, daß die Aktie durch den Nutznießer vertreten werde, der den Interessen des Eigentümers aber angemessen Rücksicht zu tragen hat. Diese gesetzliche Regelung kann jedoch nicht als zwingend betrachtet werden¹⁶; Statutenbestimmungen oder interne Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Nutznießer, wonach die Ausübung der Mitverwaltungsrechte dem Eigentümer zustehe, müssen daher als zulässig betrachtet werden. Unzulässig wären dagegen Bestimmungen, die z.B. das Stimmrecht beiden Parteien zugestehen oder solche, die eine Teilung des Stimmrechts vorsehen würden. Nach der unmißverständlichen gesetzlichen Regelung stehen ferner mangels anderer Vereinbarungen alle Mitverwaltungsrechte aus der Aktie — und nicht nur das Stimmrecht — dem Nutznießer zu¹⁷, sodaß der Ansicht, daß dem Eigentümer von Gesetzes wegen alle übrigen Mitverwaltungsrechte außer dem Stimmrecht auch noch neben dem Nutznießer zustehen sollen¹⁸, nicht beigetreten werden kann. Die ratio legis von Art. 690 II geht eben gerade dahin, alle diese unübersichtlichen und praktisch problematischen Lösungen, wonach das Stimmrecht bei normalen Beschlüssen dem Nutznießer, bei außerordent-

¹⁴ Vgl. die Beispiele und deren ausführliche Charakterisierung bei Moser 109/10 und 112 ff.; was dort über die Berechtigung zur Ausübung des Stimmrechtes gesagt wird, gilt uneingeschränkt auch für das Recht auf Auskunftserteilung. Näheres auch bei Nahrath 46 ff. und 90 ff.

¹⁵ Vgl. die Uebersicht über die verschiedenen Theorien bei Mariotti, Giacomo: Il diritto di voto nel pegno e nell' usufrutto di azioni, Diss. Zürich 1938, 175 ff.; Weber, Werner: Das Stimmrecht bei Aktien in Nutznießung, Diss. Zürich 1927, insbes. 36 ff.; Nahrath 56 ff.; neuerdings auch Pestalozzi-Henggeler a.a.O. 75 ff.; BGE 46 II 473 ff., 50 II 547 ff., 53 II 17 ff.

¹⁶ Für zwingendes Recht: Eidg. Amt für das Handelsregister, SAG 13 (1940/41) 197 ff. (in Anlehnung an Botschaft 42) und Moser 111; für dispositives Recht: das gleiche Amt, SAG 14 (1941/42) 202 ff.; F. v. Steiger 147 und derselbe, SAG 17 (1944/45) 49 ff.; Pestalozzi-Henggeler a.a.O. 78.

¹⁷ Vgl. das Marginale zu Art. 689: «Teilnahme an der Generalversammlung».

¹⁸ So Stadlin, SAG 17 (1944/45) 185 ff.; für die Ausdehnung wenigstens des Anfechtungsrechts auf beide Parteien Leemann, N 50 zu Art. 773/74 ZGB; F. v.

lichen Beschlüssen dem Eigentümer oder aber alle übrigen Mitverwaltungsrechte neben dem Nutznießer auch noch dem Eigentümer zustehen würden, zu verhindern. Greift mangels abweichender Vereinbarung die gesetzliche Regelung Platz, so wird der Nutznießer immerhin gut daran tun, sich vor einer GV, in der insbesondere grundlegende Änderungen der Gesellschaftsgrundlagen beschlossen werden sollen, mit dem Eigentümer zu verständigen, damit er einer eventuellen Schadenersatzpflicht diesem gegenüber enthoben wird. Fallen die Interessen der beiden Parteien auseinander¹⁹, so ist der Eigentümer gegen eine seine Interessen verletzende Vertretung durch den Nutznießer trotzdem nicht schutzlos, sondern verfügt über die in Art. 759 und 762 ZGB statuierten Rechtsbehelfe. Die Lösung, daß im Falle der Nutznießung der Anspruch auf Auskunftserteilung dem aus der Aktie Berechtigten — also nach gesetzlicher Regelung dem Nutznießer, nach eventueller Vereinbarung oder nach entsprechenden Statutenbestimmungen dem Eigentümer — und jedesmal nur dem Berechtigten allein zukommt, steht somit im Einklang mit dem Gesetz und den praktischen Erfordernissen.

Allen diesen gesetzlichen Vertretungsverhältnissen²⁰ ist gemein, daß der Vertreter die Mitverwaltungsrechte in der GV im Interesse des vertretenen Aktionärs auszuüben hat; trägt er diesen Interessen nicht in billiger Weise Rechnung, so wird er dem Vertretenen ersatzpflichtig. Der gesetzliche Vertreter muß sich im übrigen nicht wie der Bevollmächtigte durch eine schriftliche Vollmacht legitimieren, da sich seine Vertretungsmacht unmittelbar aus den betreffenden einschlägigen Gesetzesbestimmungen ergibt, sodaß er nur seine amtliche, familienrechtliche oder andere gesetzliche Stellung zu belegen hat. Außerdem sind etwaige statutarische Qualifikationserfordernisse (Art. 689 II, 627 Ziff. 10), denen der gewillkürte Vertreter zu entsprechen hat, für ihn irrelevant, da er kraft Gesetzes zur Ausübung der Aktionärrechte im Namen des Vertretenen berechtigt ist.

Da zur Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung Inhaberaktiönäre kraft ihres Besitzes und Namenaktiönäre auf Grund der Eintragung im Aktienbuch legitimiert sind, gleichviel ob sie Eigentümer

Steiger 148/49 und derselbe, SAG 17 (1944/45) 54/5. Diese Regelung dürfte — vielleicht noch neben der Zuerkennung der Aktivlegitimation für die Verantwortlichkeitsklage an beide Parteien — die einzige vertretbare Ausnahme sein; vgl. zu diesen Fragen auch Pestalozzi-Henggeler a.a.O. 77.

¹⁹ Dies kann praktisch häufig der Fall sein, indem der Nutznießer z. B. für die Ausschüttung hoher Dividenden, der Eigentümer aber für die Speisung von Reserven eintritt.

²⁰ Näheres bei Nahrath 46 ff., 90 ff. und Moser 109 ff.

der betreffenden Aktienurkunde sind oder nicht, kann die Uebertragung von Aktien auch nur zu dem Zweck erfolgen, dem daraus Berechtigten die Ausübung der Mitverwaltungsrechte in der GV zu ermöglichen, ohne daß er Eigentümer wird. Dabei handelt es sich nicht um eine Rechtsübertragung, sondern nur um die Verschaffung der Legitimation zur Rechtsausübung. Unter einer solchen *Legitimationsübertragung* (*cessio in legitimationem*) versteht die herrschende Lehre eine vom Aktieneigentümer einem Dritten erteilte Ermächtigung, aus eigenem Recht und in eigenem Namen die aus der Aktie fließenden Rechte auszuüben, indem der Ermächtigende dem Ermächtigten nach außen hin die Rechtsstellung eines Aktionärs verschafft²¹. Gegenüber den in der Literatur bestehenden Kontroversen über die Anerkennung oder Ablehnung ihrer Zulässigkeit²² hat der schweizerische Gesetzgeber die Legitimationsübertragung auf jeden Fall sanktioniert, indem er den Besitzer der Inhaberaktie ohne einschränkende Bestimmungen (Art. 689 IV) und den Namenaktionär nur durch das Erfordernis der Eintragung im Aktienbuch (Art. 685 IV) als zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte und damit auch des Aufschlußrechtes befugt erklärthat²³. Das Hauptanwendungsgebiet der Legitimationsübertragung ist das Depotstimmrecht der Banken²⁴, dessen Grundlage das offene (reguläre) Depot ist, bei dem sich die Banken in der Regel in ihren Depotreglementen oder in besonderen Urkunden die generelle Vollmacht mit Substitutionsrecht erteilen lassen, die bei ihnen deponierten fremden Aktien in eigenem Namen an den betreffenden Generalversammlungen zu vertreten. Damit liegt auch hier eine Legitimationsübertragung vor, und es steht der Bank der Anspruch auf Auskunftserteilung gemäß Art. 697 ohne weiteres zu²⁵.

²¹ Moser 119 und Henseler, Erwin: Die Legitimationsübertragung von Aktien nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung, Diss. Bern 1940, 27. Zur Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsgeschäften Henseler a.a.O. 29 ff. und Moser 120/21.

²² Vgl. die Literaturangaben bei Henseler a.a.O., insbes. 12, Anm. 23/4 und bei Moser 119, Anm. 210; für wirtschaftliche Bedenken auch Hug, Revision, 50.

²³ Auch durch Art. 691 I wird die Legitimationsübertragung indirekt zugelassen; vgl. Henseler a.a.O. 132 ff.

²⁴ Vgl. dazu Henseler a.a.O. 8 ff.; Moser 134 ff.; Preisig, SAG 9 (1936/37) 4 ff., 32 ff.; v. Steiger, SAG 14 (1941/42) 14.

²⁵ Für das Recht auf Auskunftserteilung ergeben sich somit — im Gegensatz zu möglichen Auswirkungen auf andere Mitverwaltungsrechte (wie die Gefahr der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen), vgl. dazu Moser 122 und Pestalozzi-Henggeler a.a.O. 85/6, ferner BGE 71 II 280 — aus der Legitimationsübertragung keine besonderen Probleme.

II. DIE PFLICHT ZUR AUSKUNFTSERTEILUNG

1. Die Kontrollstelle

Art. 697 I berechtigt die Aktionäre, die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam zu machen und die erforderlichen Aufschlüsse zu begehren. Folgerichtig verlangt der Gesetzgeber im Gegensatz zum alten OR, daß die Kontrollstelle der GV beiwohne (Art. 729 IV). Die in Art. 697 I statuierte Pflicht der Kontrollstelle besteht jedoch nur auf einem beschränkten Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung. Die Revisoren sind gegenüber den Aktionären nur zur *Auskunft* verpflichtet: sie sind aber weder berechtigt noch verpflichtet, auf Einsichtsbegehren der Aktionäre einzugehen.

Die Beantwortung der Frage, ob sich die Kontrollstelle zur Erfüllung dieser Auskunftsverpflichtung überhaupt eigne, verlangt eine vorgängige kurze Darstellung der *rechtlichen Stellung* und des *Pflichtenhefts des Kontrollorgans*. Die Kontrollstelle ist eines der drei vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Organe der AG (Art. 727 ff.). Sie ist von der GV mindestens alle drei Jahre zu wählen und kann einen oder mehrere Revisoren umfassen, die von Gesetzes wegen nicht Aktionäre zu sein brauchen, auf keinen Fall aber Mitglieder der Verwaltung oder Angestellte der Gesellschaft sein dürfen (Art. 727). Die Kontrollstelle sollte somit nach der Absicht des Gesetzgebers Vertrauensorgan der Aktionäre sein und ist dem Verwaltungsorgan nach der gesetzlichen Regelung durchaus gleichgestellt. Ihre Befugnisse sind Ausfluß ihrer Organstellung und nicht etwa eines Auftrages der GV; sie hat ihre Aufgabe nach den Bestimmungen des Gesetzes und der Statuten zu erfüllen und ist an Weisungen der GV grundsätzlich nicht gebunden. Die von ihr vorzunehmende Prüfung ist eine rein interne oder organische; daher auch die Bezeichnung als interne Kontrollstelle oder interne Revisoren im Gegensatz zur externen Revisionsstelle von Art. 723.

Die *Prüfungspflicht der Kontrollstelle* wird in Art. 728 I umschrieben. Die Prüfung erstreckt sich nur auf die Rechnungsführung, also insbesondere auf den Jahresabschluß, jedoch auf keinen Fall auf die Geschäftsführung. Damit soll verhindert werden, daß der Kontrollstelle der Charakter einer Nebenverwaltung zukommt und die Verantwortlichkeiten verwischt werden²⁶. Trotzdem der Kontrollstelle

²⁶ Botschaft 52/3. Ronner, 92/5, weist zutreffend auf die oft schwierige Unterscheidung zwischen Rechnungsführung und Geschäftsführung hin. Gegen eine

eine umfassende und ständige Prüfung der Geschäftsführung nicht zusteht, wird aber eine sorgfältige Prüfung der Vermögens- und Rentabilitätslage der Gesellschaft unweigerlich auch eine summarische und stichprobenweise Prüfung der zurückliegenden Geschäftstätigkeit zur Folge haben. Die Revisoren haben daher die anlässlich der Prüfung wahrgenommenen Mängel der Geschäftsführung und die Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften der Stelle, die dem Verantwortlichen unmittelbar übergeordnet ist, dem Präsidenten des Verwaltungsrates und nur in wichtigen Fällen auch der GV mitzuteilen (Art. 729 III). Der Gesetzgeber wollte gegenüber dem alten Recht²⁷ eine intensivere Kontrolle der Rechnungsführung gewährleisten, und das revidierte OR bestimmt denn auch, daß die Revisoren formell zu prüfen haben, ob sich die Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz in Übereinstimmung mit den Büchern befinden und materiell, ob die Darstellung des Geschäftsergebnisses und der Vermögenslage den gesetzlichen Bewertungsgrundsätzen sowie allfälligen besonderen Vorschriften der Statuten entspricht (Art. 728 I)²⁸. Demgegenüber hat das Bundesgericht in einem sehr bedauerlichen Entscheid die Prüfungspflicht der Revisoren auf eine solche rein formell-kalkulatorischer Art beschränkt und ihnen damit die Pflicht zur Ueberprüfung der Bonität der einzelnen Forderungen einer AG, also der Wertung der einzelnen Bilanzposten, abgesprochen²⁹. Die Revisoren haben die Ergebnisse ihrer Prüfung in einem schriftlichen Bericht an die GV, der Voraussetzung für den Bilanzabnahmebeschluß ist, zusammenzufassen (Art. 729 I, II; 696 I)³⁰.

Um den Revisoren die Durchführung ihrer Aufgabe zu ermöglichen, hat ihnen die Verwaltung die Bücher und Belege vorzulegen und auf Verlangen über das Inventar und die Grundsätze, nach denen es aufgestellt ist, sowie über einzelne bestimmte Gegenstände Aufschluß zu erteilen (Art. 728 II). Unter dem alten Recht sprach sich das Bundesgericht in sehr engstirniger Auslegung des Gesetzestextes lediglich für eine Berechtigung, nicht aber für eine Verpflichtung der Revisoren zur Einsicht aus und gestattete der Kontrollstelle

Prüfung der Geschäftsführung auch BGE 34 II 502, 65 II 20; Semjud 61 (1939) 543.

²⁷ Vgl. für das alte Recht insbes. Widmer, Harald: Die Kontrollstelle der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1934.

²⁸ Zur Technik des Revisionsverfahrens vgl. Graner, Revision, 72 ff.

²⁹ BGE 65 II 19, gestützt auf BGE 34 II 501. Gegen die bundesgerichtliche Auffassung in bezug auf das rev. OR die maßgebende Literatur, ebenso die Treuhandgesellschaften; vgl. den Auszug aus dem Geschäftsbericht der Schweiz. Treuhandgesellschaft, SAG 10 (1937/38) 203.

³⁰ Zur Bedeutung des Revisionsberichts als Publizitätsmittel vgl. hinten 96/7.

damit, Art und Umfang der Prüfung nach eigenem Gutdünken zu bestimmen³¹. Das Fehlen oder eine Beschränkung der Pflicht zur Einsicht macht aber die Prüfung und das ganze Institut der Kontrollstelle wertlos. Das revidierte OR hat denn auch ausdrücklich eine Prüfungspflicht der Revisoren statuiert (Marginale zu Art. 728), zu deren Anerkennung sich in der Folge auch das Bundesgericht, trotz seiner sonstigen anspruchslosen Haltung gegenüber den Revisoren, bekennen mußte³².

Dieses *Recht der Kontrollstelle auf Auskunftserteilung* gemäß Art. 728 II kann wie dasjenige der GV oder des Aktionärs in ein Auskunfts- und ein Einsichtsrecht aufgeteilt werden. Das *Recht auf Einsicht*, das hier unvergleichlich viel bedeutungsvoller als das Auskunftsrecht ist, umfaßt die Befugnis der Revisoren, in alle Bücher, Akten, Protokolle, Belege und sonstige Unterlagen, m.a.W. schlechthin in alles, was buchmäßig erfaßt ist oder erfaßt sein sollte³³, Einsicht zu nehmen. Daneben sind sie im Rahmen ihrer Prüfungspflicht berechtigt und verpflichtet, über das Inventar und die Grundsätze, nach denen es aufgestellt wurde, sowie über einzelne bestimmte Gegenstände³⁴ Auskunft zu verlangen. Dieses *Auskunftsrecht der Revisoren* umschließt ein Doppeltes: das Recht auf Aufklärung an und für sich³⁵ und das Recht auf Nachweise, wenn Zweifel an der Richtigkeit der erteilten Aufklärung bestehen³⁶.

Entgegen den Forderungen der Fachkreise nach einer jederzeitigen Bücherprüfung besteht das Kontrollrecht der Revisoren von Gesetzes wegen *nur während der Zeit des Jahresabschlusses* und ist daher im wesentlichen auf die abgeschlossenen Bücher und Belege beschränkt³⁷. Es bleibt den Statuten und der GV vorbehalten, über die Organisation der Kontrollstelle weitergehende Bestimmungen zu treffen, deren Befugnisse und Pflichten auszudehnen oder die Vornahme von Zwischenrevisionen vorzusehen³⁸. Dabei muß in jedem Fall

³¹ Vgl. Art. 660 aOR, BGE 34 II 501; dagegen zutreffend für eine Pflicht zur Einsicht Bachmann, N 1 zu Art. 660 aOR.

³² BGE 65 II 18.

³³ Schucany, N 4 zu Art. 728.

³⁴ Vgl. dazu Graner, Revision, 39.

³⁵ Die Haltung Ronners, 99, gegenüber diesen Aufschlüssen der Verwaltung erscheint etwas zu mißtrauisch, denn hier entfällt die Gefahr der Verletzung von Gesellschaftsgeheimnissen, die beim Recht des Aktionärs und der GV auf Auskunftserteilung eine so große Rolle spielt. Der Zuzug der Revisoren zur Inventur (Art. 772 III Entw. I, Art. 742 II Entw. II, abgeschwächt Art. 721 II Entw. III) wurde von den Räten abgelehnt.

³⁶ Für Einzelheiten vgl. Heilbrunn, SJZ 34 (1937/38) 263 ff.

³⁷ Botschaft 53.

³⁸ Dazu im einzelnen Ronner 122 ff. Vgl. auch vorne 33/4.

der Grundsatz, daß der Kontrollstelle keine Aufgaben der Verwaltung übertragen werden dürfen, beobachtet werden (Art. 731 I). Gerade dieser Grundsatz würde aber durch ein jederzeitiges Prüfungsrecht der Kontrollstelle gefährdet.

Durch die Prüfung werden der Kontrollstelle sehr viele Dinge offengelegt, deren Geheimhaltung vitale Interessen der AG erfordern. Das Gesetz verpflichtet daher die Revisoren ausdrücklich zur *Verschwiegenheit* und untersagt ihnen, einzelnen Aktionären oder Dritten von den gemachten Wahrnehmungen Kenntnis zu geben (Art. 730).

Als Ergänzung der internen Prüfung durch die Kontrollstelle wird vom Gesetz für Aktiengesellschaften, deren Grundkapital fünf Millionen Franken oder mehr beträgt, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder sich öffentlich zur Aufnahme fremder Gelder empfehlen³⁹ eine zusätzliche *externe Prüfung* vorgeschrieben. Die externe Revisionsstelle muß aus unabhängigen⁴⁰ Büchersachverständigen, die von der Verwaltung bestellt werden, zusammengesetzt sein (Art. 723 I)⁴¹. Diese Gesetzesbestimmung ist zwingend; durch die Wahl von diplomierten Bücherexperten oder einer Treuhandgesellschaft als Kontrollstelle ist ihr noch nicht Genüge getan⁴², denn die Aufgaben der externen Revisoren sind wesentlich andere und umfassendere als diejenigen der Kontrollstelle, trotzdem das Gesetz nur von einer Prüfung der Bilanz spricht⁴³. Daher ist denn auch der Prüfungsbericht nur dem Verwaltungsrat und der Kontrollstelle zur Kenntnis zu bringen (Art. 723 II). Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, können die beiden Prüfungen im Sinne einer Arbeitsteilung vorgenommen werden, oder es können, über diese gegenseitige Unterstützung hinaus, grundsätzlich die gleichen Sachverständigen mit der internen und der externen Prüfung beauftragt werden⁴⁴. Im Gegensatz zur

³⁹ Zur Tragweite dieses letzten Passus vgl. Graner, Revision 16/7.

⁴⁰ Diese Voraussetzung entspricht der vom Bankengesetz (Art. 20 III BkG) verlangten Unabhängigkeit; vgl. Graner, Revision, 26 und Burki 44 ff.

⁴¹ Vgl. dazu allgemein Amberg, Jos. Robert: Die rechtliche Stellung der Bücherrevisoren in der Schweiz und ihre Haftbarkeit, Diss. Bern 1939. Zu Art. 723 im besonderen: Terrier, Bulletin de l'Association suisse des experts comptables, Biel 1938, 113 ff.; Ronner 104 ff.; Lasserre 126 ff.; ausführlich Burki.

⁴² Ebenso Staehelin, SAG 11 (1938/39) 121 ff., a.M. Feder, SAG 11 (1938/39) 86 ff.

⁴³ Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Artikels und aus seinem engen Zusammenhang mit Art. 18 ff. BkG und insbes. Art. 38 VVO BkG. Näheres dazu Staehelin a.a.O. 122 ff.; Burki 25 ff.

⁴⁴ Graner, Kontrollstelle, 119/20, 151/52; ebenso ausführlicher Staehelin a.a.O. 124 ff.; a.M. F. v. Steiger 232. Diese Zusammenlegung kann aber sicherlich nur

internen Kontrollstelle liegt im Falle von Art. 723 keine Organstellung, sondern nur Auftrag vor, und die Haftung der externen Revisoren bemißt sich daher nach allgemeinem Vertragsrecht (Art. 97 ff.) und nach Auftragsrecht (Art. 394 ff.)⁴⁵.

Zur Frage nach der *Eignung der Kontrollstelle als auskunftspflichtiges Organ* zurückkehrend, kann als positiver Faktor nur der ihr vom Gesetz zugewiesene Aufgabenbereich gewertet werden, der an und für sich den Revisoren wohl weitgehende Kenntnisse in bezug auf den Jahresabschluß zu vermitteln vermag. Diese Kenntnisse können eventuell durch die vorgeschriebene Zurverfügungstellung des Berichts der externen Revisionsstelle noch erweitert werden. Daneben bestehen aber sehr viele negative Faktoren. Die Kontrolle ist auch unter dem revidierten OR eben doch eine unzulängliche geblieben, da sie sich wegen des zu bewältigenden Gebietes in der Regel auf Stichproben beschränken muß. Diese *Unzulänglichkeit* wird noch gesteigert durch die erwähnte, unverständlich anspruchslöse Rechtsprechung des Bundesgerichts, deren Tendenz die Kontrollstelle wieder zur «Farce» werden läßt, wie dies unter dem alten OR in ausgesprochenem Maße der Fall war⁴⁶.

Diese mögliche Bedeutungslosigkeit der Kontrollstelle wird zudem noch durch zwei weitere Momente verstärkt. Wird die Kontrollstelle nicht mit Sachverständigen besetzt⁴⁷, so werden die den Revisoren bei Durchführung ihrer Aufgabe zufließenden Erkenntnisse noch begrenzt sein. Dieser allfällige *Mangel an fachlichen Kenntnissen* verringert deshalb unmittelbar die Möglichkeit einer sachgemäßen Auskunftserteilung durch die Revisoren. Dazu tritt die in der Regel bestehende *Abhängigkeit der Kontrollstelle* von der Verwaltung. Nicht nur der Grundsatz der Unvereinbarkeit (Inkomptabilität, Art. 727 II), sondern auch derjenige der Unabhängigkeit ist eine *condicio sine qua non* jeder Art von Prüfung und Kontrolle. Diesem Grund-

dann zulässig sein, wenn dadurch die gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der externen Revisoren nicht gefährdet wird.

⁴⁵ Ebenso Burki 16 ff., 24; Graner, Revision, 140.

⁴⁶ Vgl. zum Versagen der Kontrollstelle Egger, SJZ 34 (1937/38) 38; Graner, Revision, 13/4; ausführlich Ronner, 88 ff., mit Beispielen von Zusammenbrüchen, bei denen sich die Rolle der Kontrollstelle in besonders ungünstigem Licht zeigte.

⁴⁷ Die Notwendigkeit der ganzen oder teilweisen Besetzung der Kontrollstelle mit Sachverständigen (Treuhandgesellschaften, Revisionsverbände oder Bücherexperten) wird von der Revisionspraxis in Anbetracht der zu bewältigenden Aufgabe immer wieder und mit Recht verlangt. Nur auf diesem Wege kann — insbes. bei Gesellschaften mit komplizierter Rechnungsführung — ein dem Zweck des Gesetzes entsprechende Kontrolle erreicht werden; vgl. Graner, Kontrollstelle, 177; Botschaft 53; Ronner 104 ff.; Goldschmidt 97 u.a. Vgl. auch Bürgi, N 89 zu Art. 662/63.

satz der Nichtwählbarkeit von Personen in die Kontrolle, die rechtlichen oder auch nur rein tatsächlichen Einflüssen seitens der Verwaltung unterstehen, enthält das schweizerische Aktienrecht noch nicht⁴⁸. Tatsächlich besteht denn auch in der Mehrzahl der Fälle eine weitgehende Abhängigkeit der Kontrollstelle, die indirekt durch die Verwaltung über eine gefügige Mehrheit gewählt wird. Diese Verhältnisse sind in großen und namentlich in mittleren und kleineren Gesellschaften anzutreffen, wo bei der Wahl der Kontrollstelle verwandtschaftliche oder sonstige persönliche Bindungen eine ausschlaggebende Rolle spielen. Einen Ausweg aus dem Konflikt zwischen formaler Verantwortung gegenüber der GV und tatsächlicher Abhängigkeit gegenüber der Verwaltung als eigentlichem Arbeitgeber zu finden, wird der Kontrollstelle bei Durchführung ihrer Aufgabe und insbesondere anlässlich der Berichterstattung an die Aktionäre nicht leicht fallen. Sie wird erfahrungsgemäß den Weg des geringsten Widerstandes wählen und daher schweigen, wenn es sich nicht um außerordentlich schwerwiegende Fälle handelt, in denen die Besinnung auf die verschärften Verantwortlichkeitsbestimmungen den Ausschlag zugunsten der Aufklärung gibt⁴⁹.

Gegenüber allen diesen negativen Faktoren bringt auch Art. 723 keine völlige Abhilfe⁵⁰. Denn vom Gesichtspunkt des Aktionärs aus ist eben doch nur die Kontrollstelle auskunftspflichtig und so bleiben die gegenüber der Kontrollstelle gemachten Einwendungen trotz der externen Prüfung durch unabhängige Sachverständige bestehen. Der Sinn und Zweck dieser externen Prüfung ist nicht die Vervollständigung der Auskunftserteilung an die Aktionäre, sondern die ausführliche Orientierung der Verwaltung über die Vermögenslage der Gesellschaft⁵¹. Sie schafft damit zugleich die Grundlage für die Ausübung der beaufsichtigenden und kontrollierenden Tätigkeit des Verwaltungsrates gegenüber der Geschäftsführung und eine sichere Basis für die zivilrechtliche Verantwortung der Verwaltung⁵². Nur in Einzelfällen kann dieser Prüfungsbericht auf dem Umweg über Verwal-

⁴⁸ Vgl. dagegen ausdrücklich § 137 II zweiter Halbsatz DAG, Art. 723 und Art. 20 III BkG.

⁴⁹ Zum Problem der Abhängigkeit vgl. Graner, Revision, 14/5 und ausführlich Ronner 65 ff. Ebenso Schuler 132: «Souvent la nomination à ce poste signifie le point de départ pour arriver, après quelques exercices, à l'administration; la compétence de ces personnes en matière comptable peut être parfois mise en doute».

⁵⁰ Er schafft umso weniger Abhilfe, als die Kapitalgrenze von fünf Millionen zu hoch gegriffen ist; ebenso Goldschmidt 99 und Schuler 133.

⁵¹ Vgl. Burki 34 ff.

⁵² Graner, Revision, 81/2.

tung oder Kontrollstelle Auswirkungen auf das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung haben.

Somit kommt eine Auskunftserteilung der Kontrollstelle an die Aktionäre auf Grund von Art. 697 I überhaupt nur im Rahmen ihres auf die Rechnungsführung beschränkten⁵³ und in der Durchführung oft fragwürdigen Pflichtenheftes in Frage. Sie wird aber auch in diesem Umfang regelmäßig *keine große praktische Bedeutung* gewinnen, sondern in der Mehrzahl der Fälle lediglich zur Bestätigung der von der Verwaltung gemachten Angaben angerufen werden, sofern sich diese Angaben auf den Aufgabenkreis der Kontrollstelle beziehen⁵⁴.

2. Die Verwaltung

Das schweizerische Aktienrecht hat in Anlehnung an das romanische und angelsächsische System und im Gegensatz zum deutschen System keine Scheidung von Geschäftsführung und Aufsichtsbefugnis in der *Verwaltungshierarchie* vorgenommen. In der schweizerischen Verwaltung sind beide Befugnisse zusammengefaßt (Art. 722). Unter dem Oberbegriff «Verwaltung» regelt das Gesetz zwei Institute, die sich in nichts anderem als der Besetzung mit einer oder mehreren Personen unterscheiden⁵⁵. Besteht diese Verwaltung nur aus einem Mitglied, so liegt ein Institut vor, welches das Gesetz ebenfalls Verwaltung nennt. In der Regel ist jedoch mit dieser einfachsten Organisationsform den komplizierten praktischen Verhältnissen nicht Genüge getan; das Verwaltungsorgan wird daher mit mehreren Personen besetzt, wofür das Gesetz die Bezeichnung Verwaltungsrat gewählt hat (Art. 712), dessen Vorsitz durch den Präsidenten des Verwaltungsrates geführt wird. Ist die Mitgliederzahl dieses Verwaltungsrates sehr groß, so kann sich zudem die Notwendigkeit der Bestellung eines oder mehrerer Ausschüsse ergeben, denen besonderes Aufsichts- und Ueberwachungsbefugnisse zugeteilt werden und die die Geschäfte des Kollegiums vorzubereiten und darüber Bericht zu erstatten haben

⁵³ Art. 729 III wird praktisch nur wenig bedeutsam werden, da eine Mitteilungspflicht an die GV nur in «wichtigen Fällen» besteht, also etwa dann, wenn der Präsident des Verwaltungsrates seine Unterstützung verweigert und diese Verweigerung schweren Schaden für die Gesellschaft nach sich ziehen würde.

⁵⁴ Für die Auskunftspflicht der Kontrollstelle über stille Reserven als den praktisch wichtigsten Fall vgl. hinten 146 ff.

⁵⁵ Dieser vom Gesetzgeber verwendete Begriff ist auch in anderer Beziehung kein eindeutiger, da er neben der Bezeichnung des Verwaltungsorgans (z.B. Art. 707 I, 722 I) auch zur Bezeichnung der Verwaltungsfunktion dient (z.B. Art. 711 I, 712 I).

(Art. 714 II). Daneben werden praktisch viel häufiger Geschäftsführung und Vertretung im Sinne einer Arbeitsteilung verteilt oder übertragen (Ressortverteilung), um eine sachgemäße Entscheidung über bestimmte Fragen zu sichern (Art. 717). Bestimmen die Statuten (Art. 627 Ziff. 12) oder das Reglement (Art. 712 II) nichts über eine solche Verteilung, so stehen die Geschäftsführung und die Vertretung allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gemeinsam zu. Regelmäßig werden diese Befugnisse aber an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte)⁵⁶ oder an Dritte (Direktoren)⁵⁷, die nicht Aktionäre zu sein brauchen, übertragen. Diese Uebertragung der Geschäftsführungsbefugnisse kann ohne Vorbehalt erfolgen oder aber nur in bezug auf bestimmte Geschäftszweige: sie kann auch ziffernmäßig begrenzt sein⁵⁸.

Als Verwaltung werden im folgenden nun nur jene Personen bezeichnet, die von der GV unter diesem Rechtstitel gewählt oder von den Statuten für die ersten drei Jahre nominiert wurden (Art. 708 II), unabhängig davon, ob es sich nur um eine oder um mehrere Personen (Verwaltungsrat) handelt. Zu diesem hier verwendeten Begriff der Verwaltung gehören selbstverständlich auch eventuelle Ausschüsse und die Delegierten, nicht aber Direktoren oder weitere nur zur Geschäftsführung oder Vertretung Ermächtigte. Denn es ist wohl zu beachten, daß nach Art. 717 nur Geschäftsführung und Vertretung an Dritte übertragen werden können, nicht aber die eigentliche Verwaltungsfunktion. Diese umfaßt im Gegensatz zur Geschäftsführung die gesamte Tätigkeit des Verwaltungsorgans, welche auf die Organisation und das innere Leben der Gesellschaft gerichtet ist⁵⁹. Dazu gehört im besonderen auch die Pflicht zur Auskunftserteilung⁶⁰, die daher gar nicht auf Personen, die dem Verwaltungsorgan nicht angehören, übertragen werden und die diese darum auch in keiner Weise treffen kann. Kriterium für die Bestimmung der Aufschlußpflicht ist somit einzig und allein die *formelle Zugehörigkeit zur Verwaltung*. Diese auf den Wortlaut des Gesetzes sich stützende Auffassung⁶¹ ist

⁵⁶ Vgl. dazu Meyer, Kurt: Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946.

⁵⁷ Dazu neuerdings Felber, Richard: Die Direktion der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949.

⁵⁸ Vgl. im einzelnen zu den verschiedenen Gliederungsmöglichkeiten in der Praxis Zimmermann, Grundfragen, 32/3; v. Steiger, SAG 12 (1939/40) 1 ff.; Felber a.a.O. 45 ff. und Hofer.

⁵⁹ Vgl. Meyer a.a.O. 25 ff. («Verwaltung i.e.S.»). Die meisten Reglemente tragen diesen Grundsätzen bezüglich der Kompetenzenabgrenzung Rechnung.

⁶⁰ Ebenso Meyer a.a.O. 31.

⁶¹ So auch RGZ 167, 169 für das neue deutsche Aktienrecht.

notwendig, um den Kreis der verpflichtenden Personen scharf abzugrenzen.

Eine *Verpflichtung der Verwaltung zur Auskunftserteilung* erwähnt das Gesetz nur im Zusammenhang mit dem Einsichtsrecht des Aktionärs (Art. 697 II); dagegen bestimmt es nichts über eine Auskunftspflicht der Verwaltung. Daß aber auch eine *Verpflichtung zur Auskunft* besteht, ergibt sich aus zwingenden Gründen, die einerseits der Entstehungsgeschichte von Art. 697 und anderseits den Erfordernissen der Praxis entnommen werden können. Unter der altrechtlichen Regelung war die Kontrollstelle als vom Gesetz bezeichnetes auskunftspflichtiges Organ überhaupt nicht gehalten, der GV beizuwohnen; ohne eine Auskunftspflicht der Verwaltung wäre daher das Auskunftsrecht des Aktionärs toter Buchstabe geblieben, was der Absicht des Gesetzgebers bestimmt nicht entsprochen hätte. Dagegen ist vielmehr anzunehmen, daß das Gesetz die Auskunftspflicht der Verwaltung als etwas so selbstverständliches betrachtete, daß es sie nicht einmal erwähnte. Darauf scheint auch Art. 747 Entw. I hinzudeuten, der mit «Recht auf Kontrollierung der Verwaltung» überschrieben war. Die Konsequenzen hat aber der Gesetzgeber nicht gezogen; er hat die Lücke bestehen lassen, sodaß nach dem Wortlaut des Gesetzes auch heute noch die Kontrollstelle auskunftspflichtig ist⁶².

Trotzdem haben Rechtsprechung und Literatur schon unter dem alten OR mit Recht auch die Auskunftspflicht der Verwaltung bejaht⁶³. Diese Stellungnahme drängt sich vor allem aus praktischen Erwägungen auf. Die Verwaltung führt die Geschäfte oder hat die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmäßig unterrichten zu lassen (Art. 722)⁶⁴. Zu diesem Zweck verleiht das Gesetz der Verwaltung, bzw. den einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates im Falle einer mehrgliedrigen Verwaltung, ein *Recht auf Auskunftserteilung* gegenüber den zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Per-

⁶² Ein Antrag Bachmann in der Expertenkommission, statt «Kontrollstelle-Verwaltung» zu sagen (richtig wäre allerdings nur «Verwaltung und Kontrollstelle»), wurde unverständlicherweise stillschweigend übergangen, vgl. Protokoll 313. Ausdrücklich dagegen Liechtenstein Art. 337 I PGR.

⁶³ ZR 27, 74; BGE 54 II 25; ebenso Neidhardt 79 ff. und die nachfolgende Literatur, insbes. Goldschmidt 101, Anm. 51, der die Auskunftspflicht der Verwaltung «in Anbetracht der positiven Einstellung des Gesetzes zu den Stimmrechtsaktien, der unbefriedigenden Regelung der Publizitätsprobleme und der Zulässigkeit der Schaffung stiller Reserven» fordert; ferner Szücs, 40, der sie als einen Bestandteil richtiger Geschäftsführung betrachtet. Abweichend nur Lasserre 73/4.

⁶⁴ Vgl. dazu Schucany, N 4 zu Art. 722.

sonen (Art. 713 I)⁶⁵. Dieses Recht auf Auskunftserteilung umfaßt ebenfalls wieder ein Auskunfts- und ein Einsichtsrecht. Diejenigen Mitglieder der Verwaltung, welchen die Geschäftsführung und Vertretung nicht übertragen ist, haben einmal ein persönliches, formell und materiell unbeschränktes *Auskunftsrecht* über den Geschäftsgang im allgemeinen sowie über einzelne Geschäfte. Das *Recht auf Einsicht* dagegen steht nicht mehr dem einzelnen Mitglied, sondern nur noch dem Verwaltungsrat als Kollegium zu⁶⁶. Das einzelne inaktive Mitglied hat nur ein Antragsrecht; die Anordnung der Vorlegung von Büchern und Akten selbst kann nur durch Beschluß des Kollegiums erfolgen⁶⁷. Beide Rechte sind zeitlich auf die Sitzungen des Verwaltungsrates beschränkt. Um sie zu gewährleisten, verleiht daher Art. 713 II jedem Mitglied das Recht auf Einberufung des Verwaltungsrates; die Einberufung ist schriftlich beim Vorsitzenden zu beantragen.

Schon nach Gesetz ist somit die Verwaltung dasjenige Organ der AG, welches über die Lage der Gesellschaft am besten orientiert ist. In der Praxis wird diese Stellung noch ausgeprägter. Die Verwaltung ist in der Regel das vorherrschende Organ, das allein einen Ueberblick über die gesamten Gesellschaftsverhältnisse hat, und sie allein ist es daher vor allem auch, die zu einer sachgemäßen Auskunft befähigt ist⁶⁸. Die Auskunftspflicht nur auf die Kontrollstelle beschränken, hieße das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Mehrzahl der Fälle zu einem Recht ohne entsprechende sachlich fundierte Verpflichtung machen.

3. Die Liquidatoren

Die Auflösung einer AG erfolgt mit Ausnahme der Fälle der Fusion, der Uebernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und der Umwandlung in eine GmbH auf dem Wege der Liquidation (Art. 738, 739 ff.). Die Durchführung der Liquidation ist auf drei Arten möglich. Im Falle des Konkurses der Gesellschaft besorgt die

⁶⁵ Dazu im einzelnen Lasserre 106 ff.

⁶⁶ Ein Antrag von Ständerat Klöti, wonach jedem Mitglied des Verwaltungsrates persönlich das unbeschränkte Recht eingeräumt werden sollte, die gesamte Geschäftsführung ohne Zustimmung des Gesamtverwaltungsrates zu kontrollieren und zu diesem Zweck jederzeit Einsicht in die Bücher, Korrespondenzen und Protokolle zu nehmen, wurde verworfen; vgl. Sten.Bull. St.R. 1931, 562, 566; 1932, 325 ff.; Sten.Bull. N.R. 1934, 336, 338.

⁶⁷ Zu den Voraussetzungen eines gültigen Verwaltungsratsbeschlusses vgl. ZR 11, 295.

⁶⁸ Ebenso für viele Beer 29.

Konkursverwaltung die Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechtes (Art. 740 V). Tritt die AG aus anderen Auflösungsgründen in Liquidation (Art. 736), so kann diese einmal durch die bestehende Verwaltung durchgeführt werden (Art. 740 I). Hat aber die Verwaltung das Vertrauen der Aktionäre — eben gerade aus Gründen, die zur Liquidation führten — verloren, so kann die GV die Liquidation anderen Personen⁶⁹ übertragen, wenn diese nicht schon in den Statuten bestimmt sind. Diese Liquidatoren sind als Gesellschaftsorgan im gleichen Rahmen wie die Verwaltung zur *Auskunftserteilung verpflichtet*⁷⁰.

4. Die Pflicht zur Auskunftserteilung als Folge der Organfunktion

Bei der Betrachtung der Pflicht zur Auskunftserteilung sind zwei Rechtsverhältnisse scharf auseinanderzuhalten: einerseits die Stellung des Organs als solches und anderseits die rechtliche Stellung der einzelnen Mitglieder des betreffenden Organs.

Die aktienrechtliche Pflicht zur Auskunftserteilung folgt aus der Organstellung von Verwaltung und Kontrollstelle. Sie ist eine Folge der Organfunktion und obliegt daher *dem Organ als solchem und nicht den einzelnen Mitgliedern*, weil sie Ausfluß der körperschaftsrechtlichen Ordnung und nicht des vertraglichen Verhältnisses der einzelnen Organmitglieder mit der Gesellschaft ist⁷¹. Wie die Funktionen des Organs, liegen auch dessen Pflichten nur der Gesamtheit der Personen ob, die dieses Organ umfaßt⁷². Wo Verwaltung oder

⁶⁹ Auch die Bestellung von juristischen Personen als Liquidatoren ist zulässig (BGE 62 II 287/88).

⁷⁰ Die Organeigenschaft der Liquidatoren wird in der Literatur durchgehend vertreten, vgl. Lehmann, Recht der AG, II 570/71; Bachmann, N 3 zu Art. 666 aOR; Mettler, Jakob: Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, sowie der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1929; Pinösch, Jon: Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1936, insbes. 67; Egger, N 7 zu Art. 55 ZGB. Einzig Schucany, N 7 zu Art. 743, lehnt ohne Begründung die Organeigenschaft der Liquidatoren ab; die Verpflichtung zur Auskunftserteilung gegenüber den Aktionären würde aber auch in diesem Fall als inhärenter Bestandteil des den Liquidatoren zugekommenen Auftrages bestehen.

⁷¹ Ebenso Netter, Auskunftspflicht, 15; Zimmermann, Buchführung, 175 a; Grünpeter 15.

⁷² Daraus erklärt sich auch der nur scheinbare Widerspruch zwischen Art. 697 I, der die Kontrollstelle als Organ zur Auskunft gegenüber den Aktionären verpflichtet, und Art. 730, der den einzelnen Revisoren untersagt, einzelnen Aktionären (oder Dritten) von den anlässlich der Prüfung gemachten Wahrnehmungen Kenntnis zu geben. Ebenso Zimmermann, Buchführung, 175 a.

Kontrollstelle also kollegial organisiert sind, ist nur das Kollegium zur Auskunftserteilung verpflichtet. Daher erscheint auf dem Gebiete der aktienrechtlichen Auskunftserteilung die begriffliche Trennung von Verwaltung oder Kontrollstelle als Organ und den einzelnen Mitgliedern des betreffenden Organs als physische Personen (Organträger) gerechtfertigt. Diese Trennung ist keine juristische Spitzfindigkeit, sondern eine sich aus klarem juristischem Denken ergebende Notwendigkeit, zwei völlig verschiedene Rechtsverhältnisse und deren Wirkungen auseinanderzuhalten. Denn nur die Pflicht des Organs zur Auskunftserteilung wird uns im folgenden beschäftigen, und nur sie ist problematisch.

Wie vorher ausgeführt wurde, wird die Pflicht zur Auskunftserteilung im Sinne einer scharfen Abgrenzung der Verpflichteten auf den Kreis jener Personen beschränkt, die unter dem formellen Rechtstitel der Verwaltung gewählt wurden. Mit dieser auf ein formelles Kriterium abstellenden Abgrenzung kann sich ein Auseinanderfallen von materieller Organstellung⁷³ und formeller Zugehörigkeit zur Verwaltung ergeben. Dies trifft dann zu, wenn mit der Geschäftsführung und Vertretung Direktoren, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte beauftragt wurden, denen einerseits kraft ihrer Stellung Organeigenschaft zukommt, die aber anderseits formell nicht zur Verwaltung gehören. Diese Diskrepanz fällt aber umsoweniger ins Gewicht, als die Bedeutung des Organbegriffs für das revidierte OR weitgehend dahingefallen ist⁷⁴. Jedenfalls kann dem Organbegriff als solchem für die Pflicht zur Auskunftserteilung keine Bedeutung beigemessen werden, und es hat daher bei dem auf den Gesetzeswortlaut sich stützenden formellen Kriterium der Zugehörigkeit zur Verwaltung sein Bewenden⁷⁵.

Daneben besteht das Rechtsverhältnis zwischen den einzelnen Mitgliedern der Verwaltung oder der Kontrollstelle und der Gesellschaft für sich, das hier nur beiläufig gestreift werden kann. Es wird zum Teil als Dienstvertrag⁷⁶, als Mandat oder in Ermangelung eines dem Rechtsverhältnis genau entsprechenden gesetzlich normierten Ver-

⁷³ Vgl. zum Organbegriff Egger, N 5 ff. zu Art. 54/5 ZGB; Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht II 483; Zimmermann, Grundfragen, 61 ff. mit ausführlichen Literaturangaben und insbes. BGE 48 II 1 ff., 65 II 2 ff., 68 II 295 ff.; ZR 44, 162 ff.; ZbJV 85 (1949) 505 ff.

⁷⁴ So insbes. für die Verantwortlichkeitsbestimmungen, vgl. Zimmermann, Grundfragen, 64/5 und Biggel 13/4.

⁷⁵ Daraus ergeben sich in der Praxis auch keine Schwierigkeiten, vgl. hinten 74/6.

⁷⁶ Wieland I 479; Grünpeter 15.

trages auch als *contractus sui generis*⁷⁷ aufgefaßt. Auf jeden Fall muß für die Einordnung dieses Rechtsverhältnisses die Organisation der AG — also die Bestimmungen des Gesetzes, der Statuten und eines etwaigen Reglementes — primär herangezogen werden, sodaß die Komponente «Anstellung» gegenüber der Komponente «Organstellung» zurückzutreten hat⁷⁸. Da dem Rechtsverhältnis vor allem etwas mandatähnliches anhaftet, sind im Zweifel wohl die Bestimmungen über den Auftrag beizuziehen (Art. 394 II)⁷⁹, sodaß für die Bestimmung der Auskunftspflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber die Regelung von Art. 400 über die jederzeitige Rechenschaftsablegung zum Zuge kommt.

5. Die Pflicht zur Auskunftserteilung in der Praxis

Nachdem die Pflicht der Organe zur Auskunftserteilung rechtlich begründet und umschrieben wurde, soll abschließend noch versucht werden, die sich aus dieser Verpflichtung in der Praxis ergebenden Verhältnisse darzustellen und insbesondere die ihr in der Regel angemessenste *Erfüllung* aufzuzeigen. Mit der Feststellung, daß Verwaltung und Kontrollstelle zur Auskunftserteilung verpflichtet seien, ist noch nicht viel erreicht. Erst in der Praxis werden dazu noch Fragen kommen, die sich auf die tatsächliche Auswirkung dieser Verpflichtung beziehen — Fragen, die sich aus der organisatorischen Gliederung der Verwaltung, aus der Ueberfülle des zu behandelnden Stoffes und schließlich aus der Doppelverpflichtung zweier Organe zur Auskunftserteilung ergeben. Dabei soll besonderes Gewicht auf eine zu erstrebende Zusammenarbeit von Verwaltung und Kontrollstelle bei der Erfüllung ihrer Auskunftspflicht⁸⁰ gelegt werden.

In den vorhergehenden Ausführungen wurde — abgesehen vom Ausnahmefall der Liquidation — vor allem die Pflicht der Kontrollstelle und der Verwaltung zur Auskunftserteilung untersucht. Wir haben dabei erkannt, daß die *Auskunftspflicht der Kontrollstelle* in der Mehrzahl der Fälle den Aktionär nicht zu befriedigen vermag, daß vielmehr die Auskunftspflicht der Verwaltung die entscheidende

⁷⁷ Vgl. Kolb, Alfred: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1935, 13 und Hofer 17.

⁷⁸ Kolb a.a.O. 12.

⁷⁹ Ebenso Bachmann, N 2 zu Art. 649 aOR.

⁸⁰ Die folgende Darstellung wird sich auf das Auskunftsrecht des Aktionärs bzw. auf die sich daraus ergebende Auskunftspflicht beschränken, da nur hier eine Verpflichtung von Verwaltung und Kontrollstelle besteht.

Verpflichtung ist, die das Auskunftsrecht des Aktionärs zu verwirklichen imstande ist. Daraus darf nun aber nicht der Schluß gezogen werden, daß damit die Auskunftspflicht der Kontrollstelle überflüssig würde⁸¹. Allerdings wird die selbständige Auskunftspflicht der Kontrollstelle auf ein kleines Gebiet, das durch die beschränkte Prüfungspflicht der Revisoren gegeben ist, begrenzt bleiben. Daneben kommt aber der Kontrollstelle eine wichtige Aufgabe zu, nämlich diejenige einer *Ergänzung* und vor allem einer *Bestätigung* der von der Verwaltung gemachten Angaben. Diese Bestätigung kann dem Auskunft begehrenden Aktionär Gewähr für die Wahrheit und Vollständigkeit der von der Verwaltung erteilten Auskunft bieten, wenn die Kontrollstelle wirklich Vertrauensorgan der Aktionäre ist. Aber selbst in weniger günstigen Verhältnissen wird die Kontrollstelle selten so weit gehen, eine unwahre Angabe der Verwaltung zu decken⁸².

In der Praxis wird sich der Auskunft begehrende Aktionär am zweckmäßigsten an den *Vorsitzenden der GV* wenden⁸³, der in der Mehrzahl der Fälle mit dem Verwaltungsratspräsidenten identisch ist. Er kann dabei so vorgehen, daß er das Organ, an das er sich wenden will, ausdrücklich nennt, womit der Vorsitzende verpflichtet ist, das Begehren auch wirklich an das betreffende angerufene Organ weiterzuleiten. Dieses Vorgehen ist möglich, wenn sich die verlangte Auskunft eindeutig auf ein genau abgrenzbares Gebiet bezieht, das entweder der Kontrollstelle oder der Verwaltung zugewiesen ist. Regelmäßig wird aber eine Auskunft sich sachlich nicht so unbedingt abgrenzen lassen, daß die ausschließliche Zuständigkeit eines der beiden Organe feststeht. Der Aktionär wird daher gut tun, sein Begehren ohne ausdrückliche Nennung des zur Auskunft verpflichtet sein sollenden Organs an den Vorsitzenden zu richten, der in der Folge das Begehren nach seinem pflichtgemäßen Ermessen an dasjenige Organ weiterzuleiten hat, das voraussichtlich in der Lage sein wird, eine sachdienliche Auskunft zu geben⁸⁴. Dies wird auf jeden Fall immer

⁸¹ Wie Bachmann mit seinem Vorschlag in der Expertenkommission annahm, vgl. vorne 69, Anm. 62.

⁸² Diese Möglichkeit der Bestätigung selbst ist natürlich auch wieder nur auf die Gegenstände beschränkt, die innerhalb der Prüfungstätigkeit der Kontrollstelle liegen und ihr damit zur Kenntnis gelangen.

⁸³ So auch ZR 27, 74. Zur rechtlichen Stellung des Vorsitzenden der GV vgl. vorne 23/4 und ausführlicher Siegwart, SAG 16 (1943/44) 217 ff.

⁸⁴ Für die Verwaltung wird in der Regel der Vorsitzende der GV selbst die Beantwortung übernehmen, wenn er zugleich Verwaltungsratspräsident ist, da die meisten Reglemente ausdrücklich bestimmen, daß der Präsident des Verwaltungsrates sich stets über alle wichtigen Geschäfte auf dem laufenden zu halten habe.

die Verwaltung sein, denn sie ist ja über die gesamte wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft unterrichtet oder sollte es zum mindesten sein.

Nun ist aber der Fall sehr wohl denkbar, daß ein Aktionär — seine materielle Berechtigung selbstverständlich immer vorausgesetzt — eine Auskunft begehrt, die ein *Spezialgebiet* beschlägt. Ist die Geschäftsführung organisatorisch aufgeteilt oder übertragen worden, so wird zweckmäßig derjenige zur Beantwortung des Auskunftsverlangens verpflichtet, der dieses Spezialgebiet beherrscht und dessen Geschäftsführungs- oder Ueberwachungskompetenzen gerade dieses Gebiet umfassen. Handelt es sich dabei um einen Delegierten des Verwaltungsrats oder um einen Ausschuß, so ergeben sich für die Auskunftspflicht keine Schwierigkeiten; der betreffende Delegierte oder ein Mitglied des betreffenden Ausschusses wird als Angehöriger des zur Auskunft verpflichteten Organs die Beantwortung übernehmen. Fällt das näher zu beleuchtende Spezialgebiet aber in die Kompetenz eines der Verwaltung nicht angehörenden Direktors, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten, so muß die Verwaltung den Betreffenden beauftragen, die Auskunft unter ihrer Verantwortung zu geben. Die Verwaltung als auskunftspflichtiges Organ hat also für die Richtigkeit der erteilten Auskunft einzustehen⁸⁵.

Die Verhältnisse können sich noch komplizierter gestalten. Betrifft das Auskunftsbegehren des Aktionärs eine Frage, über die kein an der GV Anwesender sofort zu orientieren vermag, so ist ganz auf die *praktische Zumutbarkeit der Verschaffung von Unterlagen* abzustellen. Findet die GV im Verwaltungsgebäude einer Gesellschaft oder in dessen unmittelbarer Nähe statt und ist somit die Verwaltung in der Lage, sich ohne wesentliche Verzögerung die zur Auskunft notwendigen Unterlagen zu verschaffen, so ist sie dazu ohne weiteres verpflichtet. Tut sie es nicht, so hat sie nicht alles Erforderliche getan, um ihrer Auskunftspflicht zu genügen⁸⁶. Verursacht jedoch die Verschaffung von Unterlagen außerordentliche Umtriebe, so ist die Verwaltung berechtigt, die Auskunftserteilung auf später zu verschieben oder sie sogar abzulehnen. Denn dem Aktionär stehen vor der GV zehn Tage (Art. 696) zur Verfügung, um etwaige Auskunftsbegehren schriftlich an Verwaltung oder Kontrollstelle, bzw. wohl regelmäßig an den Präsidenten des Verwaltungsrates zu stellen⁸⁷. Dieses Vorgehen kann umsomehr von ihm verlangt werden, als er sicherlich be-

⁸⁵ Ebenso RGZ 167, 169.

⁸⁶ In diesem Sinne auch RGZ 167, 169.

⁸⁷ Vgl. dazu im einzelnen hinten 207/8.

urteilen kann, ob sein Auskunftsbegehren ein Spezialgebiet beschlägt oder Fragen aufwirft, deren Beantwortung ohne weiteres möglich sein wird⁸⁸.

Auf jeden Fall muß e i n e r Forderung, die sich aus der Auskunftspflicht ergibt, in der Praxis nachgelebt werden: Die beiden auskunftspflichtigen Organe, Kontrollstelle und Verwaltung, müssen in dem Sinne zusammenwirken, daß dem Auskunftsrecht des Aktionärs eine möglichst sachliche fundierte Verpflichtung gegenübersteht. Diese der Sache angemessene Zusammenarbeit in bezug auf die Auskunftspflicht kann sich nicht aus formalistischen Pflichtprinzipien, sondern nur aus einer auf Vertrauen gegenüber den Aktionären basierenden *gegenseitigen Unterstützung von Kontrollstelle und Verwaltung* ergeben. Erst unter solchen Auspizien erhält das Auskunftsrecht des Aktionärs seinen vollen Inhalt und nur diese Praxis verwirklicht die Absicht des Gesetzgebers.

III. DIE ZIVIL- UND STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DER ZUR AUSKUNFTSERTEILUNG VERPFLICHTETEN ORGANE

Erfahrungsgemäß wird eine Gesetzesbestimmung, welche für die durch sie Verpflichteten unangenehm ist, in der Praxis regelmäßig mehr oder weniger deutlich außer acht gelassen, wenn ihre Vernachlässigung nicht mit wirksamen Sanktionen bedroht ist. Eine solche unangenehme Pflicht ist nun aber zweifellos die aktienrechtliche Pflicht zur Auskunftserteilung. Die durch sie verpflichteten Gesellschaftsorgane verlassen sich denn auch vielfach auf die Bequemlichkeit und Interesselosigkeit der aufschlußberechtigten Aktionäre und begnügen sich mit äußerst spärlichen oder unklaren Aufschlüssen über die Lage der Gesellschaft, welche den gesetzlichen Anforderungen kaum mehr entsprechen. Gegen solche überhaupt nicht oder ungenügend getätigte Aufklärung steht dem Aktionär zur Durchsetzung seines Rechts auf Auskunftserteilung die Klage aus Art. 697 III zur Verfügung⁸⁹. Daneben hat der Gesetzgeber das Recht auf Auskunfts-

⁸⁸ Allerdings werden die Aktionäre in der Regel keine allzu ausgeklügelte oder ein Spezialgebiet betreffende Auskunftsverlangen stellen, sondern vor allem nähere Aufklärung über jene Gegenstände begehren, die aus den ihnen vorgelegten Unterlagen (Art. 696) hervorgehen; vgl. auch hinten 198/99.

⁸⁹ Vgl. dazu ausführlich hinten 216 ff.

erteilung in dem Sinne sanktioniert, daß er die zur Aufschlußerteilung Verpflichteten für die Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten haftbar erklärt und damit zum vornherein eine ausreichende und vor allem wahrheitsgemäße Auskunftserteilung zu sichern versucht. Diese Haftung ist eine doppelte; eine Verletzung der Aufschlußpflicht kann daher sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen.

Die gesetzlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen können nach verschiedenen Seiten zum Zuge kommen. Ihre Anwendbarkeit wird im wesentlichen durch zwei Kriterien erfaßt. Das erste *formelle Kriterium* ergibt sich aus der Form der Betätigung der Auskunftserteilung und besagt, daß der Tatbestand der Verletzung der Aufschlußpflicht ebensosehr durch eine Gewährung als auch durch eine Verweigerung der geforderten Offenlegung erfüllt sein kann⁹⁰. Das zweite *materielle Kriterium* ergibt sich aus der Tatsache, daß die verantwortlichen Organe nicht nur der Pflicht zur Auskunftserteilung gegenüber den Aktionären, sondern zudem der Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft unterstehen. Wie sich diese beiden anscheinend entgegengesetzten Pflichten zueinander verhalten, wann also die Aufschlußpflicht und wann die Sorgfaltspflicht vorzugehen hat, wird später im Zusammenhang mit den Schranken der Auskunftserteilung näher darzulegen sein⁹¹. Die aus der Verletzung dieser beiden Pflichten sich ergebenden Verantwortlichkeitsfragen können aber schon an dieser Stelle in zweckmäßiger Verbindung zur Darstellung gebracht werden. Dementsprechend unterscheidet das zweite Kriterium die durch einen eventuellen Schaden Betroffenen, denn aus der Verletzung der Aufschlußpflicht kann sich einerseits ein Schaden beim einzelnen Aktionär und aus der Verletzung der Sorgfaltspflicht durch zu weitgehende Offenlegung anderseits ein solcher bei der Gesellschaft ergeben. Die beiden Kriterien greifen insofern ineinander über, als durch eine Gewährung der Auskunftserteilung sowohl die Aktionäre als auch die Gesellschaft, durch eine ungerechtfertigte Verweigerung dagegen nur die Aktionäre geschädigt werden können.

Die im folgenden darzustellenden Verantwortlichkeitsbestimmungen treffen im übrigen alle zur Auskunftserteilung verpflichteten Organe — also Verwaltung, Kontrollstelle und Liquidatoren —, jedes aber selbstverständlich nur im Rahmen seiner Pflichten. Somit können Verwaltung und Liquidatoren für Verletzungen auf dem gesamten Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung haftbar gemacht

⁹⁰ Ebenso Bachmann, N 4 zu Art. 641 IV aOR und Grünpeter 134.

⁹¹ Vgl. hinten 180/81.

werden, während sich die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle auf Verletzungen des Auskunftsrechts des Aktionärs beschränkt⁹².

1. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit

Das revidierte OR hat die Haftung aus Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation (Art. 754) erheblich verschärft. Im Gegensatz zur altrechtlichen Regelung (Art. 673/74 aOR) sind die verantwortlichen Personen heute auch gegenüber den Aktionären und Gläubigern für nur fahrlässig verursachten Schaden haftbar. Voraussetzungen jeder Haftung sind Verschulden, Bestehen eines Schadens und Kausalzusammenhang, dessen Nachweis allerdings regelmäßig mit Schwierigkeiten verbunden sein wird⁹³.

Durch die *Gewährung einer Auskunftserteilung* kann einmal der *Aktionär* geschädigt werden. Diese Schädigung kann im Rahmen des Auskunftsrechts durch unwahre Angaben oder durch eine nur teilweise Auskunft, welcher aber der Anschein der Vollständigkeit gegeben wird, erfolgen. Im Rahmen des Einsichtsrechts wäre parallel dazu der Fall denkbar, daß die zum Aufschluß notwendigen Unterlagen gefälscht wurden oder die Verwaltung dem zur Einsicht zugelassenen Aktionär nur einen Teil der notwendigen Unterlagen zur Verfügung stellt, ihm die andern aber arglistig vorenthält. Was mögliche unwahre Angaben anbetrifft, so ist allerdings zu beachten, daß bei einer Auskunftserteilung in ausgesprochenem Maße die Möglichkeit unverschuldeten Irrtums oder unverschuldeter falscher Schluß-

⁹² Ganz andere Fragen wirft natürlich die Verantwortlichkeit aus privater Auskunftserteilung auf; vgl. dazu allgemein Rieser, Siegfried: Die kaufmännische Auskunftserteilung im Privat- und Strafrecht, Diss. Zürich 1908; die Rechtsprechung zu Art. 41 und insbes. den Entscheid des Bundesgerichts in SAG 3 (1930/31) 101 ff. betr. Haftung eines Verwaltungsratsmitgliedes aus privater Auskunftserteilung an einen Aktionär über den Kurswert der Aktien. Zur Verantwortlichkeit des Aktionärs bei rechtsmißbräuchlicher Ausübung des Aufschlußrechts vgl. hinten 172.

⁹³ Für Einzelheiten zur Verantwortlichkeit vgl. neben Henggeler, Verantwortlichkeit und Biggel auch Eckstein, Adelbert: Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft aus ihrer Geschäftsführung, nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung, Diss. Basel 1936 (in Maschinenschrift); Kaeslin, Theodor: Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht, Diss. Bern 1941; Wyler, Berthold: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der Aktiengesellschaft und der Aufsichtsstelle in der Kommanditaktiengesellschaft, Diss. Bern 1943; Graner, Revision, 140 ff.; nicht veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 31. Januar 1945, SAG 17 (1944/45) 228 ff.

ziehung besteht. Diese Möglichkeit ergibt sich vor allem aus der oft schwierigen Uebersicht und Erfassung komplizierter finanzieller oder wirtschaftlicher Verhältnisse. Daneben wird bei jeder Auskunft ein Einschlag von subjektiv geprägter Anschauungsweise nicht zu umgehen sein, was sich umsomehr auswirkt, wenn Tatsachen in ihrer Beziehung zu einem bestimmten Zweck des Auskunftsbegehrens dargestellt werden. Daher ist bei der *Abgrenzung des Wahrheitsbegriffs* auf dem Gebiete der aktienrechtlichen Auskunftserteilung immer davon auszugehen, daß eine völlige Abstrahierung von subjektiver Wertung praktisch unmöglich erscheint. Der Würdigung des Einzelfalles hat daher immer eine genaue Tatbestandsanalyse voranzugehen, die die besonderen tatsächlichen Verhältnisse mit ihrer Erfassungsmöglichkeit durch Verwaltung oder Kontrollstelle in Beziehung zu bringen hat. Für eine schädigende Auskunftserteilung sind die verantwortlichen Personen dem Aktionär gemäß Art. 754 solidarisch haftbar, denn unter die ihnen «obliegenden Pflichten» fällt selbstverständlich auch die Pflicht zur Auskunftserteilung.

Durch die Gewährung der Auskunftserteilung kann auch die *Gesellschaft* geschädigt werden. Diese Schädigung wird in der Mehrzahl der Fälle eine direkte sein und sich als Verletzung der Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft qualifizieren, indem mit der Auskunftserteilung Gesellschaftsgeheimnisse preisgegeben werden. Denkbar ist daneben aber auch eine indirekte Schädigung als Folge der Verletzung der Pflicht zur Auskunftserteilung, indem die GV infolge einer unwahren oder unvollständigen Aufklärung einen unsachgemäßen Beschluß faßt⁹⁴. Die Schadenersatzpflicht ergibt sich wiederum aus Art. 754⁹⁵.

Durch eine ungerechtfertigte *Verweigerung der Auskunftserteilung* kann grundsätzlich nur ein Schaden beim *Aktionär* entstehen. Eine Auskunftserteilung soll jedoch — entgegen einer in der deutschen Literatur vertretenen Ansicht⁹⁶ — nicht auch dann schon verweigert werden, wenn eine vollständige Auskunft ohne Verletzung der Geheimsphäre der Gesellschaft nicht erteilt werden könnte. Vielmehr kann und soll ein Verlangen auf Auskunftserteilung in diesem Falle auch nur teilweise befriedigt werden. Damit jedoch die vorher angeführten Schadenersatzfolgen wegen unvollständigen Aufschlüssen nicht eintreten, muß der Aktionär ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, daß bestimmte Teile der Auskunftserteilung

⁹⁴ Ebenso Lehner 131 ff. und Goldschmidt 100.

⁹⁵ Vgl. für das deutsche Recht § 241, 249 HGB; § 84, 99, 141 DAG; Dech 62.

⁹⁶ v. Godin/Wilhelmi, Anm. 6 zu § 112 DAG.

verschwiegen werden. Wie bei der Verletzung der Pflicht zur Auskunftserteilung durch unvollständige Erfüllung ergibt sich hier aus einer überhaupt nicht geleisteten, ungerechtfertigt verweigerten Erfüllung der Aufschlußpflicht die Schadenersatzpflicht der Organe aus Art. 754.

2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die zivilrechtliche Haftung allein kann der Sicherung der Pflicht zur Auskunftserteilung noch nicht voll genügen, da sie an die Voraussetzungen eines entstandenen Schadens und des schwer nachweisbaren Kausalzusammenhangs gebunden ist. Daher drängte sich schon früh die Notwendigkeit auf, das Recht auf Auskunftserteilung schlechthin zu schützen, ohne daß schon Schaden eingetreten war und ohne daß die Fehlbaren nur mit Vermögenseinbußen auf Grund ihrer Schadenersatzpflicht zu rechnen hatten. Dieser Schutz konnte nur mit speziellen strafrechtlichen Normen erreicht werden. Im Gegensatz zur deutschen Gesetzgebung wurden diese handelsrechtlichen Strafbestimmungen nicht in das Handelsrecht selbst aufgenommen, sondern bilden einen Bestandteil des am 1. Januar 1942 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937⁹⁷. Wie das Zivilrecht schützt auch das Strafrecht sowohl die Interessen des Aktionärs als auch die Interessen der Gesellschaft und bedroht daher sowohl Delikte, die den Tatbestand der Verletzung der Aufschlußpflicht als auch solche, die den Tatbestand der Verletzung der Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft erfüllen, mit Strafe.

Die *Interessen des Aktionärs* in bezug auf sein *Auskunftsrecht* nach Art. 697 I werden durch Art. 152 StGB geschützt, der Personen, welche als Gründer, Teilhaber, Geschäftsführer, Direktoren, Bevollmächtigte, als Mitglieder eines Verwaltungs- oder Kontrollorgans oder als Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft in öffentlichen Mitteilungen oder in Berichten oder Vorlagen an die GV unwahre Angaben von erheblicher Bedeutung machen oder machen lassen, mit Gefängnis oder mit Buße bedroht⁹⁸. Das durch diesen Artikel geschützte Rechtsgut ist Treu und Glaube im Verkehr schlechthin und im besonderen im Geschäftsbetrieb von Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Art. 152 StGB ist als

⁹⁷ Eine Uebersicht über frühere handelsrechtliche Strafbestimmungen der Kantone geben Hafer, Bes. Teil I 286, Anm. 1 und Aepli 22 ff.

⁹⁸ Für das deutsche Recht vgl. § 314 I Ziff. 1 HGB, dazu Arnold 67 ff. und Grünpeter 134 ff.; § 296 I Ziff. 1 und 2, 302 Ziff. 1 DAG, dazu Dech 58 ff.

abstraktes Gefährdungs- oder Formaldelikt zu qualifizieren; Täuschungsabsicht, Bereicherungsabsicht, Irrtumserregung oder Schandeseintritt sind daher zur Erfüllung seines Tatbestandes nicht erforderlich⁹⁹. Er ist zudem ein Sonderdelikt, da als Täter nur qualifizierte Personen, welche in einer der aufgezählten Eigenschaften tätig sind, in Frage kommen: indirektes Handeln ist auch strafbar. Das *Mittel der Gefährdung* sind «unwahre Angaben von erheblicher Bedeutung», welche öffentlich oder an der GV kundbar gemacht werden¹⁰⁰. Unter den Begriff «Angaben» im Marginale zählt das Gesetz Mitteilungen, Berichte und Vorlagen, wovon der erste Ausdruck wohl der umfassendste ist. Die den Tatbestand von Art. 152 StGB erfüllenden Angaben umfassen daher sowohl mündliche als auch schriftliche Äußerungen. Unter mündlichen Äußerungen sind nicht nur vorbereitete Vorträge, sondern auch Antworten auf Anfragen, Zwischenrufe usw. und insbesondere auch die Beantwortung von Auskunftsbegehren zu verstehen.

Die Angaben müssen «unwahr» sein. Um diese *Unwahrheit* feststellen zu können, müssen die Angaben objektiv überprüfbar sein, d.h. direkt oder indirekt auf Tatsachen Bezug nehmen. Eine Unwahrheit kann nur in einer positiven Behauptung liegen, denn die Tätigkeit, das «Machen von unwahren Angaben», ist verboten und der Tatbestand wird daher erst durch ein aktives Verhalten erfüllt. Werden überhaupt keine Angaben gemacht – die Auskunftserteilung also verweigert –, so liegt keine Strafbarkeit vor¹⁰¹. Dagegen kann durch das Weglassen erheblicher Bestandteile der Auskunftserteilung die Voraussetzung der Unwahrheit erfüllt sein, wenn auf diese Lückenhaftigkeit nicht ausdrücklich aufmerksam gemacht wird. Positive Angaben müssen, um unwahr zu sein, einerseits objektiv von den Tatsachen und anderseits subjektiv von der Vorstellung, die sich der Täter von ihnen macht, abweichen. Dabei ist für die Beurteilung auf das Gesamtbild abzustellen, das durch die Angaben beim Adressaten erweckt wird.

⁹⁹ Vgl. dagegen die Auffassung des Ständerates (Aeppli 19 ff.).

¹⁰⁰ Für Einzelheiten vgl. Hafter, Bes. Teil I 286 ff. und ausführlich Aeppli 45 ff.

¹⁰¹ Anders liegt der Fall, wenn die Rechtspflicht zur Offenlegung einen gesetzlich genau umschriebenen Umfang hat, wie etwa für den Inhalt von Gründerbericht und Prospekten (Art. 630, 631, 650). Auf dem Gebiete der Auskunftserteilung nach Art. 697 kann jedoch das Verschweigen nicht strafbar sein, da hier kein vom Gesetz vorgeschriebener Mindestumfang des Aufschlusses verlangt wird und sich die zur Auskunftserteilung Verpflichteten zudem auf die Schutzklausel der Gesellschaftsinteressen berufen können. Eine strafrechtliche Sanktion ist somit – im Gegensatz zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit – nur bei einer Gewährung der Auskunftserteilung möglich.

Die unwahren Angaben müssen überdies «*von erheblicher Bedeutung*» sein. In diesem ständerätlichen Zusatz zeigt sich die richtige Absicht des Gesetzgebers, die Tragweite des Artikels einzuschränken. Es sind daher nur unwahre Angaben strafbar, die für die Beurteilung der Lage der Gesellschaft wesentlich sind. Dabei können selbstverständlich keine Regeln aufgestellt werden, sondern es ist ganz auf den Einzelfall abzustellen. Strafbar ist im übrigen nur die vorsätzliche, bewußte Unwahrheit, nicht auch schon Fahrlässigkeit, womit den Schwierigkeiten einer Urteilsbildung¹⁰² in komplizierten Verhältnissen Rechnung getragen wird¹⁰³.

Art. 152 StGB gilt grundsätzlich nur für das Auskunftsrecht, da Angaben in der Regel nur bei der Erfüllung der Auskunftspflicht gemacht werden. Dagegen können zum *Schutze des Einsichtsrechts* des Aktionärs, wenn die zum Aufschluß notwendigen Unterlagen gefälscht oder teilweise beiseite geschafft wurden, Art. 251 und 254 StGB herangezogen werden. Diese Fälle werden aber praktisch äußerst selten sein, sodaß sich eine nähere Erörterung erübrigt¹⁰⁴.

Im Falle der Gewährung einer Auskunftserteilung kann das sich äußernde Organ auch zu weit gehen und seine Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft verletzen, d.h. insbesondere Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Das Strafrecht schützt daher auch die *Interessen der Gesellschaft*. Dabei kann einmal der allgemeine Tatbestand der «Ungetreuen Geschäftsführung» (Art. 159 StGB)¹⁰⁵ in Frage kommen, vor allem und im besonderen aber Art. 162 StGB, der als Antragsdelikt die «Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses» mit Strafe bedroht¹⁰⁶. Voraussetzung der Verletzung ist das Bestehen einer Rechtspflicht zur Geheimhaltung, die entweder auf Gesetz oder Vertrag beruhen kann. Eine genaue Umschreibung dieser Geheimhaltungspflicht ist jedoch nicht erforderlich; es genügt, wenn sie dem Verpflichteten bewußt ist. Die Ver-

¹⁰² Die vorstehenden Ausführungen über den Wahrheitsbegriff (vorne 78/9) gelten auch für das Strafrecht.

¹⁰³ Für Vollendung und Versuch vgl. Aepli 83 ff.; für Täterschaft und Teilnahme 86 ff.; zur Konkurrenz mit anderen Gesetzesbestimmungen 96 ff. Allgemein zum Handelsstrafrecht auch Ludwig, Carl: Das Handelsstrafrecht, ZSR 44 NF (1925) 1 a ff., insbes. 67 a ff.; Bovay, Henry: Le droit pénal commercial, ZSR 44 NF (1925) 158 a ff.

¹⁰⁴ Vgl. dazu Hafter, Bes. Teil II 599 ff., 611 ff.

¹⁰⁵ Dazu auch Zimmermann, SAG 18 (1945/46) 125/26 und Hafter, Bes. Teil I 318 ff.

¹⁰⁶ Vgl. dazu im einzelnen Ringier, Walter: Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, Diss. Bern 1923; Herold 98 ff.; Hafter, Bes. Teil I 388 ff. Für das deutsche Recht § 312 HGB, dazu Arnold 67 ff. und Grünpeter 134 ff.; § 294, 302 Ziff. 2 DAG.

letzung besteht im Verrat des zu wahrenen Geheimnisses, d.h. in seiner Mitteilung an Personen, denen gegenüber es geheim gehalten werden sollte. Die Erfüllung des Tatbestandes ist nicht an die Entstehung eines Schadens beim Geheimnisträger gebunden; ebenso wenig ist Bereicherungsabsicht oder ein anderes niederes Motiv erforderlich. Einer besonderen strafrechtlichen Haftung unterstehen ferner die nach Art. 730 zur Verschwiegenheit verpflichteten *Revisoren*. Lassen sie sich eine ungerechtfertigte Offenbarung von Gesellschaftsgeheimnissen zuschulden kommen, so findet Art. 321 StGB Anwendung, der die «Verletzung des Berufsgeheimnisses» mit Strafe bedroht¹⁰⁷. Eine durch die Erfüllung der Aufschlußpflicht gegenüber den Aktionären erfolgende Verletzung von Gesellschaftsgeheimnissen wird aber praktisch nur in ganz schwerwiegenden Fällen strafrechtlich geahndet werden können; in der Regel wird die zivilrechtliche Haftung genügen.

Mit diesen Verantwortlichkeitsbestimmungen scheinen sowohl die Interessen des Aktionärs an einer ausreichenden und wahren Auskunftserteilung als auch die Interessen der Gesellschaft am Schutz ihrer Geheimsphäre zivil- und strafrechtlich hinreichend geschützt zu sein. Allerdings muß man sich dabei vor Augen halten, daß alle diese Haftungsvorschriften letzten Endes nur einen beschränkten Wert haben. So ist wohl regelmäßig die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht der verantwortlichen Personen eine Verpflichtung ohne realen Hintergrund, da die Organmitglieder nur selten imstande sein werden, den herbeigeführten Schaden vollständig zu decken. Die strafrechtlichen Sanktionen dagegen sind nur Schutzmittel gegen allzu grobe Mißstände. Daraus ergibt sich, daß das Verantwortlichkeitsproblem selbst nur sekundären Charakter haben kann und daß die Aufgabe des Gesetzgebers in erster Linie darin bestehen muß, schon die mögliche Entstehung von Schäden durch eine wirksame Kontrolle zu verhindern. Wie überall, so ist auch im Aktienrecht *die Prophylaxe wichtiger als die Heilung*. Eine der Möglichkeiten dieser präventiven Kontrolle stellt das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung dar, das der schweizerische Gesetzgeber dem einzelnen Aktionär denn auch in richtiger Erkenntnis zur Verfügung gestellt hat. Gegenstand und Umfang dieses Rechts unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft zu bestimmen und seine Ausübung darzustellen, soll Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

¹⁰⁷ Dazu ausführlich Hafter, Bes. Teil. I 391, II 854; Burki 83 ff., 88.

3. Kapitel

Umfang und Schranken der aktienrechtlichen Auskunftserteilung

I. DIE AUFFASSUNGEN DER LITERATUR

Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung wird grundsätzlich durchgehend anerkannt. Daß dieses Recht zessiert, wenn durch die Auskunftserteilung die Interessen der Gesellschaft gefährdet würden, wird ebenfalls einmütig vertreten. Dieser Grundsatz muß als *condicio sine qua non jeder Art von gesellschaftlicher Publizität* betrachtet werden und ihn verleugnen, hieße das wirtschaftliche Fortkommen und die Existenz von Handelsgesellschaften überhaupt in Frage stellen. Vereinzelte antiquierte Ansichten, welche ein Aufschlußrecht des Einzelaktionärs ohne Rücksichtnahme auf eine zu gewärtigende Verletzung von Gesellschaftsgeheimnissen bejahen, können daher lediglich noch dokumentarischen Wert beanspruchen¹. Dagegen können in bezug auf Gegenstand und Umfang der Auskunftserteilung selbst in guten Treuen und mit vertretbarer Begründung verschiedene Ansichten verfochten werden. Zwei Hauptmeinungen stoßen dabei aufeinander: die eine vertritt eine durch bestimmte Kriterien gegenständlich begrenzte, die andere eine gegenständlich unbegrenzte Auskunftserteilung.

Von den Auffassungen der ersten Gruppe über den Umfang der Auskunftserteilung entfallen die meisten auf die Umschreibung, die Auskunftserteilung sei zu gewähren, wenn sie *zur Beschlußfassung erforderlich* sei². In dieser Umschreibung zeigt sich ganz deutlich die vorher widerlegte Ansicht, das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung sei lediglich ein Hilfsrecht des Stimmrechts. Eine Nebenrichtung dieser Gruppe gibt eine etwas andere Umschreibung, die jedoch praktisch auf das gleiche hinausläuft. Danach soll sich der Um-

¹ So Werthauer in Plutus-Briefe, 1911, 272 (zit. nach Zimmermann, Jahresbilanz, 368) und Gerstner: Bilanzanalyse, 2. Aufl. Berlin 1915, 24 (zit. nach Grönpeter 96, Anm. 1).

² Sontag 80; Netter, Auskunftspflicht, 45; Fügert 30; Leitz 196; Brodmann, Anm. 2 d zu § 259 HGB; Fillié 58; Neidhardt 104; Janggen 211; Lehner 78; Hug, Revision, 98; Goldschmidt 101; Janggen/Becker, N 8 zu Art. 819; Muheim 32; Bossard 141; Peyer 61 (weitergehend 64).

fang der Auskunftserteilung nur soweit erstrecken, als Aufschlüsse zur zweckmäßigen Ausübung des Stimm-, Debatte- und Anfechtungsrechts erforderlich seien³. Auch diese Auffassung qualifiziert das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung als ein aus anderen Mitverwaltungsrechten abgeleitetes Hilfs- oder Vorbereitungsrecht. Eine dritte Richtung dieser ersten Gruppe ist nur vom deutschen Recht her verständlich: sie umfaßt auch nur deutsche Autoren. Die von diesen vertretene Meinung läßt sich dahin umschreiben, daß eine Pflicht zur Auskunftserteilung nur soweit bestehe, als die betreffenden Aufschlüsse zur Behebung von Mängeln in den vom Gesetz vorgeschriebenen Jahresrechnungen und Berichten erforderlich seien⁴. Diese Ansicht ergibt sich aus der Tatsache, daß die deutsche Literatur, welche ein grundsätzliches Aufschlußrecht des Aktionärs anerkennen wollte, sich zur Begründung dieses Rechts auf § 260 HGB stützen mußte, der die Vorlage einer Bilanz, einer Gewinn- und Verlustrechnung und eines Jahresberichtes an die Aktionäre verlangte. Mit der Anerkennung dieses als Ausfluß des Debatterechts bestehenden Auskunftsrechts des Aktionärs ergab sich zwangsläufig die Beschränkung seines Umfanges auf die von § 260 HGB vorgeschriebenen Vorlagen.

Die zweite Hauptgruppe umfaßt solche Autoren, welche den Umfang der Auskunftserteilung selbst nicht beschränkt sehen wollen, die aber selbstverständlich dem Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung die Pflicht der Verwaltung zur Wahrung der Geheimsphäre der Gesellschaft entgegenstellen⁵. Dieser Ansicht soll in dieser Arbeit im wesentlichen und grundsätzlich gefolgt werden. Da aber auch innerhalb dieser Gruppe -- bei aller Einigkeit über den Grundsatz -- verschiedenartige Abgrenzungskriterien gegeben werden und diese wesentliche Umfangsbestimmung oft nur beiläufig gestreift wird, soll nun im folgenden versucht werden, den Umfang der Auskunftserteilung konkret, d.h. nach praktisch möglichen und häufigen Fällen, zu bestimmen. Erst nach dieser praktisch wichtigen Kasuistik und nach der Darstellung der Schranken des Aufschlußrechts kann eine allgemeingültige Umfangsumschreibung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung abstrahiert werden.

³ G. Fischer 48 ff.; Grünpeter 100.

⁴ Ehrenberg 311; Marcuse 603/4; Müller-Erbach, Handelsrecht, 289/90; Klostermann 71/2 (ohne Rücksicht auf die Gesellschaftsinteressen); Klausning 156.

⁵ Horowitz, Recht der GV, 215, Auskunft 888; Staub/Pinner, Anm. 20 zu § 260 HGB; Pinner, Anm. 20 zu § 260 HGB; Ring/Schachian 393; Romer 41; A. Wieland 378 (einschränkend allerdings 377).

II. DIE POSITIVEN GRUNDLAGEN DER AUSKUNFTSERTEILUNG

Positive Grundlagen für die aktienrechtliche Auskunftserteilung liegen dann vor, wenn ein bestimmter Tatbestand durch Gesetz oder Statuten ausdrücklich als aufschlußpflichtig und publizitätsbedürftig bezeichnet wird. Da diese obligatorisch aufschlußpflichtigen Tatsachen von besonders wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung der Lage der Gesellschaft sind, wird für ihre Kenntlichmachung Eintragung im Handelsregister mit nachfolgender Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt oder zum mindesten Schriftlichkeit verlangt. Im letztern Fall muß die Aufschlußerteilung über diese ausdrücklich normierten Tatbestände in den der GV bekanntzugebenden schriftlichen Vorlagen erfolgen. Alle diese, eine zwingende Aufschlußverpflichtung ausdrücklich festlegenden allgemeinen Publizitätsvorschriften können gegenüber der speziellen Auskunftserteilung nach Art. 697 als *Auskunftserteilung i.w.S.* oder als *qualifizierte Auskunftserteilung* bezeichnet werden. Das in Art. 697 geregelte Rechtsinstitut ist somit vom Gesichtspunkt der allgemeinen aktienrechtlichen Publizität aus gesehen nur ein Teilgebiet der allgemeinen aktienrechtlichen Auskunftserteilung, welchem aber ganz besondere und nur ihm eigene Aufgaben gestellt sind.

Damit ergibt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen diesen durch positive Grundlagen umschriebenen Aufschlüssen und der Auskunftserteilung i.e.S., wie sie in Art. 697 vorgesehen ist. Alle auf positiven gesetzlichen oder statutarischen Grundlagen beruhenden Bekanntmachungen müssen unabhängig von einem eventuellen Aufschlußbegehren seitens eines Aktionärs gemacht werden. *Die Pflicht zur Auskunftserteilung besteht also in diesem von Gesetz oder Statuten als obligatorisch hervorgehobenen Rahmen der Mindestmitteilungspflicht ex lege*, während sie im Falle der über diese qualifizierten Vorschriften hinausgehenden Auskunftserteilung nach Art. 697 erst mit einem Auskunfts- oder Einsichtsbegehren eines Aktionärs entsteht. Wenn diese unbedingte Aufschlußpflicht nicht erfüllt ist, so ist jeder Aktionär ohne weiteres berechtigt, von der Verwaltung die nicht bekanntgegebenen obligatorischen Aufschlüsse zu verlangen. Gegenüber einem solchen Verlangen kann sich die Verwaltung nicht auf die Schranke der Gesellschaftsinteressen berufen, da die Verweigerung des betreffenden Aufschlusses eine klare Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften bedeuten würde. Der Aktionär übt mit einem solchen Ergänzungsbegehren im Grunde genom-

men noch nicht sein eigentliches Recht auf Auskunftserteilung gemäß Art. 697 aus; sein Begehren qualifiziert sich lediglich als eine Anregung an die Verwaltung, ihrer gesetzlich oder statutarisch vorgeschriebenen obligatorischen Aufschlußpflicht nachzukommen⁶. In der Praxis wird sich diese aus rechtstheoretischen Erwägungen ergebende Grenze allerdings vielfach nicht ziehen lassen, da ein auf die Erfüllung der Mindestaufschlußpflicht abzielendes Begehren in der Mehrzahl der Fälle zugleich ein solches auf weitergehende Auskunftserteilung im Sinne von Art. 697 sein wird⁷.

Für die folgenden Ausführungen über die positiven Grundlagen im Gesetz und den Umfang der Auskunftserteilung nach Art. 697 wird im übrigen der zeitlichen Aufteilung in Auskunftserteilung bei Gründung der AG, während der Geschäftstätigkeit und bei Auflösung der AG gefolgt. Diese zeitliche Trennung mag vorerst etwas willkürlich erscheinen, wenn man an den lebendigen Organismus einer konkreten Gesellschaft denkt. Sie hat aber den großen Vorteil, gegenüber anderen möglichen Einteilungen theoretisch wie praktisch durchführbar zu sein und zudem eine Aufteilung zu ermöglichen, welche der Tragweite der einzelnen Problemkreise Rechnung trägt und damit zugleich die notwendigen Akzente setzt. Denn im Mittelpunkt der für diese Arbeit interessierenden Fragen steht die Publizität bzw. die Auskunftserteilung während der Geschäftstätigkeit der AG. Sie wird zeitlich umrahmt von den speziellen Problemen der Gründungs- und Auflösungspublizität, die nicht minder wichtig, in ihrer praktischen Auswirkung jedoch beschränkt sind. Im Gegensatz zu allen früheren Arbeiten über aktienrechtliche Publizitätsfragen sollen im folgenden auch diese beiden Gebiete behandelt werden, womit die Wahl des zeitlichen Einteilungskriteriums gerechtfertigt erscheint.

1. Positive Grundlagen im Gesetz

a) In den Gründungsvorschriften über die AG

Die Tätigkeit der Gründer bis zur Entstehung der AG ist einer der wesentlichsten Tatbestände im Leben der AG überhaupt. Daher verlangt der Gesetzgeber, daß diese Verhältnisse sehr weitgehend offengelegt werden, und er schreibt dafür die Benützung des qualifiziertesten Publizitätsmittels, die Publikationsform der amtlichen Be-

⁶ Ähnliche Gedankengänge finden sich auch in der deutschen Literatur, vgl. Netter, Auskunftspflicht, 43/5; Ring/Schachian 393; ferner Grünpeter 99.

⁷ Vgl. auch hinten 108, Anm. 67.

kanntmachung durch den Handelsregistereintrag mit nachfolgender Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt vor. Eine Auskunftserteilung nach Art. 697 kann nun aber nur im Falle der *Sukzessivgründung* in Frage kommen, da das Aufschlußrecht des Aktionärs nur im Zusammenhang mit einer GV geltend gemacht werden kann. Eine konstituierende GV ist vom Gesetz nur für die Sukzessivgründung vorgesehen (Art. 634/37), während bei einer auf dem Wege der Simultangründung errichteten AG der Errichtungsakt an ihre Stelle tritt. In diesem zweiten Fall ist aber ein Anspruch auf weitergehende Auskunftserteilung nicht nur rechtlich ausgeschlossen, sondern auch praktisch unnötig, da die Gründer mit der Unterzeichnung der Gründungsurkunde implicite bestätigen, daß sie genügend informiert sind.

Positive Grundlagen für eine Auskunftserteilung nach Art. 697 bilden daher alle ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes über die der konstituierenden GV bekanntzugebenden Vorlagen. Dazu gehören der in Art. 626 detailliert aufgeführte *notwendige Inhalt der Statuten*, sowie eventuelle weitere Bestimmungen, die nur durch Aufnahme in die Statuten Verbindlichkeit erlangen (Art. 627). Werden Sacheinlagen gemacht, so haben die Statuten über den Gegenstand der Sacheinlage, ihre Bewertung und Anrechnung, sowie über die Person des Sacheinlegers und die Zahl der ihm dafür zukommenden Aktien besonderen Aufschluß zu geben (Art. 628 I). Uebernimmt die Gesellschaft von Aktionären oder Dritten Vermögenswerte, so müssen die Statuten den betreffenden Vermögenswert, den Namen des Veräußerers und die Gegenleistung der Gesellschaft genau angeben (Art. 628 II). Ebenso haben die Statuten über allfällige den Gründern oder anderen Personen gewährte Vorteile unter namentlicher Angabe der begünstigten Personen und genauer Bezeichnung des ausbedungenen Vorteils nach Inhalt und Wert Aufschluß zu geben (Art. 628 III). Alle diese Tatsachen sind von den Gründern in den der konstituierenden GV vorzulegenden Statutenentwurf (Art. 635 III) aufzunehmen. Die Teilnehmer der GV, die zukünftigen Aktionäre, haben also von Gesetzes wegen einen unabdingbaren Anspruch auf einen diesen positiven Grundlagen entsprechenden Aufschluß.

b) In den während der Geschäftstätigkeit der AG geltenden Vorschriften

Positive Grundlagen für die Auskunftserteilung in der ordentlichen GV, d.h. während der Geschäftstätigkeit der AG unter *or-*

entlichen Verhältnissen., enthalten die gesetzlichen Vorschriften über die gemäß Art. 696 zehn Tage vor Abhaltung der GV am Hauptsitz und bei den Zweigniederlassungen aufzulegenden Dokumente. Dieses *Bekanntgaberecht der Aktionäre*, das ein wichtiger Teil ihres Kontrollrechts ist, berechtigt diese zur Einsicht in die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung, den Revisionsbericht, den Geschäftsbericht und die Anträge der Verwaltung über die Verwendung des Reingewinns (Art. 696 I). Sofern Inhaberaktien ausgegeben sind, ist diese Auflage im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie in der von den Statuten vorgeschriebenen Form bekanntzumachen (Art. 696 III): an die im Aktienbuch eingetragenen Namenaktionäre ist eine besondere Mitteilung zu erlassen (Art. 696 IV). Diese Vorschriften über das Bekanntgaberecht des Aktionärs stellen *zwingendes Recht* dar⁸; ihre Nichtbeachtung bedeutet eine Verletzung eines wohlerworbenen Rechts (Art. 697 IV) und macht die Beschlüsse der GV über die Abnahme der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, des Geschäftsberichts sowie über die Verwendung des Reingewinns und die Entlastung der Verwaltung gemäß Art. 706 anfechtbar⁹. Ein genereller Beschluß der GV über die Nichtinnehaltung der Vorschriften von Art. 696 wäre dagegen nichtig. Als erweiterten Bestandteil des Bekanntgaberechts der Aktionäre im Sinne eines Vorbereitungsrechtes bestimmt das Gesetz ferner in Art. 696 II, daß die Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanz und der Geschäftsbericht noch während eines Jahres zur Verfügung der Aktionäre zu halten sind und daß jeder Aktionär berechtigt ist, auf Kosten der Gesellschaft eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Bilanz zu verlangen.

Während das Gesetz den Inhalt des Revisionsberichtes und der Gewinn- und Verlustrechnung nur allgemein, denjenigen des Antrages über die Verteilung des Reingewinns gar nicht umschreibt, enthält es in den Vorschriften über die Bilanz und den Geschäftsbericht ausdrückliche Bestimmungen über unbedingt aufschlußpflichtige Tatbestände. Dabei sind vor allem die *Bilanzierungsvorschriften* des Aktienrechts (Art. 664—670) von Bedeutung. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich im Gegensatz zum deutschen Recht auf wenige Mindestgliederungsvorschriften für die Aufstellung der Bilanz beschränkt

⁸ Schucany, N 1 zu Art. 696.

⁹ So schon unter dem alten Recht (Art. 641 aOR) Cour de justice civile de Genève vom 14. November 1922 und 17. November 1925, Semjud 45 (1923) 139 ff. und 48 (1926) 280 ff. Ebenso Schucany, N 6 zu Art. 696.

und auf Einzelvorschriften weitgehend verzichtet¹⁰. Umso wesentlicher erscheint es daher, daß diese Minimalverpflichtungen auch eingehalten werden. Die Bilanz muß daher auf jeden Fall die in Art. 664 ff. aufgeführten «*einzelnen Posten*» getrennt ausweisen¹¹. Sie im einzelnen aufzuzählen, ist nicht notwendig, da das Gesetz selbst eine eindeutige und detaillierte Aufstellung enthält. Führt die Bilanz einen solchen Posten nicht oder nur ungenügend auf, so hat der einzelne Aktionär einen unbedingten Anspruch auf Aufklärung. Eine weitere obligatorische Aufschlußpflicht enthält das Gesetz in bezug auf den Geschäftsbericht. Art. 659 IV verlangt, daß *Erwerbungen und Veräußerungen eigener Aktien* im Geschäftsbericht mitgeteilt werden müssen. Dabei ist mit der herrschenden Lehre anzunehmen, daß mit der Bekanntgabe der Gesamtzahlen der gesetzlichen Aufschlußpflicht Genüge getan ist¹². Auf diese Mindestmitteilung hat aber der einzelne Aktionär von Gesetzes wegen einen unabdingbaren Anspruch.

Weitere positive Grundlagen für die Auskunftserteilung sind in den Vorschriften des Gesetzes zu finden, die bei Vorliegen *außerordentlicher Verhältnisse* Geltung erhalten. Unter den Gesichtspunkt der außerordentlichen Verhältnisse sollen im folgenden alle Traktanden einer außerordentlichen GV und jene einer ordentlichen GV subsumiert werden, welche durch ihre Tragweite den Rahmen der normalen, alljährlich wiederkehrenden Beschlußfassung überschreiten. Das wichtigste unter solchen Verhältnissen während der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vorkommende Traktandum ist der Tatbestand der *Statutenänderung*, für den der Gesetzgeber denn auch ausdrückliche Aufschlußpflichten gegenüber den Aktionären vorschreibt. Die Anträge auf Abänderung der Statuten sind zur Einsicht der Aktionäre am Hauptsitz und bei den Zweigniederlassungen aufzulegen und in der Einberufung ist auf diese Auflegung hinzuweisen. Besondere Aufschlußpflichten bestehen weiter noch für zwei ganz wesentliche Tatbestände von Statutenänderungen. Sollen zum Zwecke der *Kapitalerhöhung* neue Aktien ausgegeben werden, so sind dabei die gesetzlichen Vorschriften über die Gründung der AG zu beobachten (Art. 650 I), und die Verwaltung hat einen den Gründungsbestimmungen entsprechenden besonderen Bericht über

¹⁰ Vgl. dazu Sten.Bull. St.R. 1931, 393.

¹¹ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 182.

¹² In diesem Sinne neuerdings auch Greuter, Bernhard: Das Problem des Erwerbs eigener Aktien im revidierten Obligationenrecht, Diss. Zürich 1948, 42, mit weiteren Literaturangaben. Ferner Schucany, N 9 zu Art. 659; vgl. auch ZR 27, 78 und hinten 116.

allfällige Sacheinlagen, übernommene Vermögenswerte und gewährte Sondervorteile zu erstatten (Art. 650 II)¹³. Im Falle der *Herabsetzung des Grundkapitals* schreibt das Gesetz ferner einen besondern Revisionsbericht vor, der festzustellen hat, daß die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung voll gedeckt sind (Art. 732 II). Trotzdem dieser Revisionsbericht vor allem zum Schutze der Gläubiger verlangt wird, haben doch auch die Aktionäre einen unbedingten, dieser positiven Grundlage entsprechenden Anspruch auf Aufschluß.

c) In den Auflösungsvorschriften über die AG

Die Auflösungsvorschriften des Aktienrechts nehmen vor allem auf den Schutz der Gläubiger Bedacht und enthalten daher nur sehr wenige Bestimmungen, die positive Grundlagen für eine Auskunftserteilung nach Art. 697 abgeben. Einzig für die Auflösung auf dem Wege der Liquidation enthält das Gesetz eine ausdrückliche Vorschrift über die Aufstellung einer Bilanz, sowie bei länger andauernder Liquidation, von jährlichen Zwischenbilanzen (Art. 742 I, 743 V), und für eine Auflösung durch Kombination (Art. 749) wird auf die Gründungsvorschriften verwiesen, womit einerseits die positiven Grundlagen der Bilanzierungsvorschriften und anderseits diejenigen der Gründungsvorschriften gegeben sind.

2. Positive Grundlagen in den Statuten

Auch in den Statuten können positive Grundlagen für die Auskunftserteilung enthalten sein, und zwar können diese direkt oder indirekt formuliert sein. *Direkte Statutenbestimmungen* im Sinne einer Erweiterung der gesetzlichen Aufschlußpflicht sind außerordentlich selten zu finden¹⁴, da diese Materie regelmäßig als unwesentlich oder etwas unangenehm übersehen wird. Denn durchwegs sind die Gründer einer AG, welche die Statuten aufstellen, auch

¹³ Vgl. die vorstehenden Ausführungen über die in den Gründungsvorschriften enthaltenen positiven Grundlagen für die Auskunftserteilung.

¹⁴ Ebenso Lasserre 84. In dem sehr zahlreichen durchgesehenen Statutenmaterial wurde keine einzige direkte statutarische Erweiterung der Aufschlußpflicht gefunden. Häufiger mögen solche Bestimmungen in den Statuten von GmbH zu finden sein, da dort die einzelnen nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern zugewiesenen weitergehenden Kontrollrechte ausdrücklich vorbehalten sein müssen (Art. 810 I Ziff. 3).

gleichzeitig die späteren Mehrheitsaktionäre und haben daher keinerlei Interesse an einer Ausdehnung der obligatorischen Auskunftserteilung. Immerhin ist es möglich, daß das Statut ausdrückliche, über die Vorschriften des Gesetzes hinausgehende Aufschlußpflichten vorschreibt, auf welche die Aktionäre in der Folge den gleichen unbedingten Anspruch haben wie auf die aus den positiven Grundlagen des Gesetzes hervorgehenden. Dagegen sind statutarische Einschränkungen der gesetzlichen Berichterstattungspflicht selbstverständlich nichtig¹⁵.

Häufiger anzutreffen sind Statutenbestimmungen, aus denen sich *indirekt* positive Grundlagen für eine erweiterte Auskunftserteilung ergeben. Nach Art. 698 II Ziff. 5 ist der GV als unübertragbare Befugnis die Beschlußfassung über diejenigen Gegenstände vorbehalten, welche ihr durch das Gesetz oder die Statuten zugewiesen werden. Die Statuten enthalten daher oft Vorschriften, daß die Verwaltung vor Abschluß bestimmter bedeutender Geschäfte die Genehmigung der GV einzuholen habe¹⁶. Solche statutarische Vorschriften bewirken mittelbar ebenfalls eine erweiterte obligatorische Berichterstattungspflicht.

III. DIE NOTWENDIGKEIT EINER WEITERGEHENDEN AUSKUNFTSERTEILUNG

Die Mindestmitteilungspflicht, wie sie durch die positiven Grundlagen des Gesetzes und der Statuten über die Auskunftserteilung geschaffen wird, kann in einzelnen Fällen — und vor allem unter normalen Verhältnissen — genügen, um die Aktionäre ausreichend über die Gesellschaftsverhältnisse zu orientieren. Für diese Fälle wäre daher ein Recht auf weitergehende Auskunftserteilung nicht unbedingt notwendig. Gesetzgeber und Wissenschaft können aber nicht lediglich auf einzelne mögliche Fälle abstellen, um die Notwendigkeit der Schaffung eines zusätzlichen Rechtsinstitutes zu beurteilen. Sie müs-

¹⁵ gl.M. Lehner 72; Brodmann, Anm. 2 d zu § 259 HGB.

¹⁶ Die Genehmigung der GV kann überhaupt für Ausgaben oder Geschäfte über einen bestimmten Höchstbetrag hinaus vorbehalten sein oder aber insbes. für Kauf und Verkauf von Grundstücken, Abschluß von Beteiligungen usw. Hengeler, Kontrollrecht, 182, Anm. 6 weist allerdings zutreffend darauf hin, daß solche Vorbehaltsklauseln vor allem in älteren Statuten zu finden sind und selbst dort nicht beachtet werden, was wiederum die außerordentliche Machtsteigerung der Gesellschaftsleitung illustriert.

sen vielmehr auf den Regelfall abstellen, der sich folgerichtig aus dem Zusammenwirken aller Gesetzesvorschriften ergeben muß und der auch durch die Praxis bestätigt wird. Aus diesen Ueberlegungen und Erfahrungen fließt denn auch zwingend die Erkenntnis, daß die durch die positiven Grundlagen des Gesetzes und der Statuten begründeten Mindestaufschlußpflichten regelmäßig nicht ausreichen, um die zu erstrebende Orientierung des Aktionärs sicherzustellen. Daß und warum sie nicht ausreichen können, ergibt sich aus den nachfolgenden Gründen, die eine auf Antrag des einzelnen Aktionärs zu gewährende weitergehende Auskunftserteilung eindeutig rechtfertigen.

1. Die Unzulänglichkeit der allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmittel

Aktienrechtliche Publizität ist jede gesetzlich erzwungene oder freiwillig erfolgte Bekanntmachung, die eine schriftliche oder mündliche Darstellung der rechtlichen, finanziellen oder wirtschaftlichen Lage einer AG an einen bestimmten Personenkreis (interne Publizität) oder an die Öffentlichkeit (externe Publizität) vermittelt. Aktienrechtliche Publizität ist daher m.a.W. jede Offenlegung von gesellschaftlichen Verhältnissen. Dementsprechend sind als Publizitätsmittel der AG alle Maßnahmen und Rechtsinstitute zu verstehen, welche geeignet sind, eine Offenlegung von gesellschaftlichen Verhältnissen herbeizuführen. Dabei kann zwischen direkten (unmittelbaren) und indirekten (mittelbaren) Publizitätsmitteln unterschieden werden. Als *direkte Publizitätsmittel* wären alle jene Publizitätsträger zu bezeichnen, die eine unmittelbare Kenntnisaufnahme von Tatsachen ermöglichen (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht usw.), während zu den *indirekten Publizitätsmitteln* alle jene Rechtsinstitute gezählt werden können, die nur mittelbar die Möglichkeit schaffen, sich Kenntnisse über die Lage einer Gesellschaft anzueignen. Die einzigartige Bedeutung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung als Publizitätsinstitut liegt nun gerade darin, daß es im Gegensatz zu allen übrigen Publizitätsvorschriften¹⁷ ein indirektes Publizitätsmittel ist. Seine Ausübung selbst schafft daher noch keine Publizität, sondern wirkt nur im Sinne einer imperativen Aufforderung zur Offenlegung gesellschaftlicher Verhältnisse.

¹⁷ Mit Ausnahme des praktisch selten ausgeübten Rechts der GV auf Ernennung von besonderen Sachverständigen gemäß Art. 731 II, vgl. vorne 33/4.

Die Wahl des aufschlußbedürftigen Objektes liegt also in diesem einen Falle nicht mehr bei der Verwaltung, sondern es ist der Aktionär selbst, welcher unter Vorbehalt der Schranken der aktienrechtlichen Offenlegungspflicht bestimmen kann, über was und — indirekt mit Hilfe des ihm zur Verfügung stehenden Rechts auf richterliche Durchsetzung der verlangten Auskunftserteilung — wie weit Aufschluß gegeben werden soll. *Das Recht auf Auskunftserteilung qualifiziert sich damit als ein notwendiges, die direkten Publizitätsmittel zweckmäßig ergänzendes Publizitätsinstitut.*

Von den allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmitteln ist der *Handelsregistereintrag* infolge der Öffentlichkeit des Handelsregisters (Art. 930) und der der Eintragung zukommenden positiven Publizitätswirkung (Art. 933 I) eines der wirkungsvollsten — er ist das «geborene Publizitätsmittel»¹⁸. Diese Publikationsform der amtlichen Bekanntmachung ist vorherrschend auf dem Gebiete der Gründungs- und Auflösungs publizität, auf jenen Gebieten also, wo nicht nur die Aktionäre, sondern ebensosehr die Allgemeinheit und insbesondere die Gläubiger ein großes Interesse an einläßlichen Aufschlüssen über die gesellschaftlichen Verhältnisse der betreffenden AG haben. Im Falle der Sukzessivgründung einer AG treten dazu zwecks Erhöhung der Publizitätswirkung noch die besonderen Vorschriften der Art. 630 und 631, bei der Auflösung einer Gesellschaft die Liquidationsbekanntmachung gemäß Art. 739 I sowie der dreimalige Schuldenruf (Art. 742 II, 745 II).

Die praktisch wichtigsten Publizitätsmittel der AG sind die während der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vom Gesetz vorgesehenen Publizitätsinstitute. Dazu ist in erster Linie die in regelmäßigen, meist jährlichen Abständen aufzustellende *Bilanz* zu zählen, die das zusammengefaßte Inventar der AG darstellt¹⁹. Die Bilanz soll gemäß Art. 663 I das Verhältnis zwischen den eigenen Mitteln und den Verbindlichkeiten der Gesellschaft zum Ausdruck bringen. Was und wie, d.h. mit welchem Wertansatz zu bilanzieren ist, bestimmt das Gesetz in Art. 663 ff. sehr einläßlich²⁰. Dagegen enthält das schweizerische Aktienrecht im Gegensatz zum deutschen (§ 131, 134 DAG) keine Mindestgliederungsvorschriften — deren praktischer Wert im

¹⁸ Oswald, Heinrich: Publizitätsprobleme bei den Handelsgesellschaften, Diss. Basel 1941 (in Maschinenschrift), 9.

¹⁹ Zimmermann, Buchführung, 20 a; Folliet, Ed.: Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable, 5^e éd., Lausanne 1946, 18.

²⁰ Vgl. dazu näheres bei Heilbrunn, Geschäftsbericht, 183 ff.; ausführlich Folliet a.a.O. 42 ff. und Bürgi zu Art. 662 ff.

übrigen fraglich ist²¹ —, sondern begnügt sich mit der Aufstellung von Bilanzgrundsätzen: der (relativen) Bilanzwahrheit, der Vollständigkeit, der Klarheit und der Uebersichtlichkeit (Art. 959)²². Aufgabe und Zweck der Bilanz sollen dementsprechend darin bestehen, den Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes zu verschaffen (Art. 959). Die Bilanz ist aber eigentlich nichts anderes als ein nacktes Zahlengerippe mit vorangestellten summarischen Bezeichnungen, das nach bestimmten Gesetzmäßigkeiten aufgebaut wird, oder mit den Worten des zürcherischen Handelsgerichts «nichts anderes als eine summarische Vermögensübersicht, die durch Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven die Differenz zwischen beiden zeigt»²³. Es darf daher als sehr fraglich gelten, daß der Aktionär sich aus ihr die notwendigen Aufschlüsse verschaffen kann²⁴, womit sich ohne weiteres die praktisch geringe Publizitätsbedeutung der Bilanz ergibt.

Der Gewinn- und Verlustrechnung²⁵ als weiteres Publizitätsmittel schenkt das Gesetz keine besondere Aufmerksamkeit (Art. 662 I, 958 I). Auch für sie gelten die vorher angeführten Bilanzgrundsätze und auch für ihre Aufstellung bestehen — wieder im Gegensatz zum deutschen Aktienrecht (§ 132 DAG) — keine Gliederungsvorschriften. Die von den Gesellschaften in der Praxis veröffentlichten Angaben sind denn auch zum großen Teil sehr summarisch gehalten²⁶, sodaß auch die Gewinn- und Verlustrechnung als «reines Zahlenwerk»²⁷ für zweckmäßige Aufschlüsse denkbar ungeeignet ist.

Die Revision von 1936 hat deshalb das Obligatorium eines schriftlichen *Geschäftsberichtes* geschaffen, der den Vermögensstand und die Tätigkeit der Gesellschaft darstellen und den Jahresabschluß erläutern soll (Art. 724). Die Aufgabe des jährlichen Geschäftsberichtes liegt somit hauptsächlich darin, einen allgemeinen Ueberblick über das abgelaufene Geschäftsjahr zu geben und «den Kitt zwischen

²¹ Vgl. JW 61 (1932) 2583; Müller 113 ff.; Sten.Bull. St.R. 1931, 393.

²² Vgl. dazu im einzelnen Wieland I 327; Folliet a.a.O. 40; Hug, Revision. 70; Bürigi, N 31 zu Art. 662/63; ZSR 45 NF (1926) 436 a; His. N 12 zu Art. 959.

²³ ZR 27, 76.

²⁴ Ebenso Töndury, ZSR 34 NF (1915) 478; Passow, AG, 526; Zimmermann, Buchführung, 184 a; Netter, Auskunftspflicht, 22; Ausschuß III 31; Lehner 89 u. a.

²⁵ Zum Begriff Zimmermann, Buchführung, 150 a und Stüssi, Kurt: Essai sur le rôle et la présentation du compte de pertes et profits dans les sociétés anonymes, Thèse Genève 1939, 56.

²⁶ Treffend Borkowsky, Rudolf: Die Bilanztheorien und ihre wirtschaftlichen Grundlagen, Diss. Zürich 1946, 156. Ähnlich Leitz 139, Stüssi a.a.O. 89 und Bürigi, N 93 zu Art. 662/63.

²⁷ Zimmermann, Buchführung, 151 a.

dem Zahlengerippe der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz zu bilden»²⁸. Er soll eine gewissenhafte und getreue Rechenschaftsablegung (§ 128 III DAG) seitens der Verwaltung gegenüber den Aktionären, deren berechtigte Informationswünsche er zu erfüllen hat, darstellen. Ein Geschäftsbericht ist dann gewissenhaft und getreu, wenn er nichts verfälscht und alles mitteilt, was der Aktionär benötigt, um sich ein Urteil über die Lage der Gesellschaft zu bilden, ohne die Gesellschaft durch die Mitteilung zu schädigen²⁹. Die Praxis hat der Absicht des Gesetzgebers größtenteils entsprochen und den Geschäftsbericht zum wichtigsten direkten Publizitätsmittel der AG ausgebaut. Trotz ihrer Einläßlichkeit sprechen sich aber doch viele Geschäftsberichte weniger über die finanzielle Lage der Gesellschaft selbst, als vielmehr über allgemeine Wirtschaftsfragen aus³⁰, andere wieder sind überhaupt sehr dürftig, sodaß sich auch im Hinblick auf die durch den Geschäftsbericht herbeigeführte Offenlegung ein ergänzendes Aufschlußrecht des Aktionärs rechtfertigt. Eine gewisse Ergänzung des Geschäftsberichtes bietet dabei allerdings schon die in vielen Fällen übliche zusätzliche *mündliche Berichterstattung in der GV* (auch Präsidialadresse genannt), die den von Gesetzes wegen schriftlich zu erstattenden Geschäftsbericht immerhin nicht zu ersetzen vermag³¹, andererseits jedoch als ein die eventuelle objektive Unzulänglichkeit der schriftlichen Vorlagen behebendes³² Informationsmittel ein praktisch sehr wichtiges Publizitätsmittel der AG darstellt.

Ein weiteres aktienrechtliches Publizitätsmittel stellt der in Art. 729 I vorgeschriebene schriftliche *Revisionsbericht* dar. In der Praxis besteht die Uebung, der GV lediglich einen summarischen Bericht vorzulegen, während der ausführliche Prüfungsbericht nur an die Verwaltung geht³³. Das in der Praxis durchgehend anzutreffende, zur

²⁸ Schneeberger, ZbJV 80 (1944) 275.

²⁹ Zum Inhalt des Geschäftsberichtes vgl. Leitz 151/52; Neidhardt 46; A. Wieland 374; Heilbrunn, Jahresabschluß, 43/4 und Geschäftsbericht 161 ff; ferner RGSt 38, 195 ff.; 41, 297/98; 49, 363/64.

³⁰ Henggeler, Kontrollrecht, 157.

³¹ Ebenso Netter, Auskunftspflicht, 41; Leitz 190 ff.; Grünpeter 98; Ronner 33/4; ferner Schlegelberger/Quassowski, Anm. 31 zu § 128 DAG.

³² Zur Frage der Heilung von Mängeln des schriftlichen Berichtes durch mündliche Ergänzungen an der GV vgl. in zustimmendem Sinne ZR 27, 78; RGZ 115, 332 ff. und 345 ff.; indirekt auch BGE 65 II 10/1 und A. Wieland 374.. Verneinend Netter, Auskunftspflicht, 41/2; Leitz 192; Grünpeter 98; Ronner 34. Unsicher Schlegelberger/Quassowski, Anm. 31 zu § 128 DAG.

³³ Graner, Kontrollstelle, 174. Dieser Weg ist in Art. 729 III indirekt vorgezeichnet.

Veröffentlichung freigegebene Schema sagt über die Bedeutung des Revisionsberichtes als Publizitätsmittel genug aus. Dieser in alljährlich gleichbleibenden, materiell nichtssagenden Formeln sich erschöpfende Bericht³⁴ verliert selbstverständlich jede Bedeutung für die aktienrechtliche Publizität und ist daher nur eine formelle Bestätigung der Richtigkeit und Zulässigkeit des Rechnungsabschlusses sowie der bei dessen Aufstellung befolgten Grundsätze.

Schließlich sieht das Gesetz noch *besondere Publizitätsvorschriften* bei Einberufung der GV (Art. 696 I, III, IV; 700 I), bei Statutenänderungen (Art. 647 I, II), sowie im Falle einer Kapitalerhöhung (Art. 651 II) und -herabsetzung (Art. 732 II, 733) vor, die jede in ihrer Art ein aktienrechtliches Publizitätsmittel darstellt.

Nicht im Aktienrecht enthalten, jedoch von größter Bedeutung als Publizitätsmittel ist ferner noch der *Börseneinführungsprospekt*, der allerdings nur für jene Gesellschaften erforderlich ist, die sich um die Zulassung an einer Börse bewerben. Das Kotierungsreglement der Zürcher Effektenbörse³⁵ verpflichtet die Gesellschaften z.B. zu sehr weitgehenden Aufschlüssen über ihre Verhältnisse (§ 5 des Reglementes), wobei in Ziff. 11 des angeführten Paragraphen ein sehr bedeutender Anfang gemacht ist, um die Gesellschaften zu verpflichten, ihre wirtschaftlichen oder rechtlichen Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisse — wenn auch nur die hauptsächlichsten und nur in summarischen Angaben — aufzudecken³⁶. Der Prospekt muß im übrigen vorgängig der Kotierung in einer in Zürich erscheinenden Tageszeitung publiziert werden (§ 4 I des Reglementes), womit er einer weiteren Oeffentlichkeit zur Kenntnis gebracht wird. Die Publizität unserer Aktiengesellschaften wird durch diese Börsenvorschriften nicht unerheblich gefördert, und es ist nur zu hoffen, daß die Bereitwilligkeit, mit der die Verwaltungen diesen Vorschriften entsprechen, ihren Einfluß auch auf andere Publizitätsmittel, die mit der Börse nicht in direktem Zusammenhang stehen, ausüben wird.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die vorstehend besprochenen allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmittel nur in seltenen Fällen dem berechtigten Aufschlußbedürfnis des interessierten Aktionärs zu genügen vermögen. Dies gilt für die Zeit der Gründung wie

³⁴ Beispiele bei Staehelin, ZSR 39 NF (1920) 75 a/77 a.

³⁵ Reglement über die Zulassung von Wertpapieren zum Handel und zur Kotierung an der Zürcher Effektenbörse vom 12. Oktober/29. Dezember 1932, Handbuch der Zürcher Effektenbörse, Zürich 1936, 61 ff. Für den Einfluß der Londoner Börse auf die Publizität der Geschäftsabschlüsse der englischen Gesellschaften vgl. NZZ, Nr. 605 vom 23. März 1950.

³⁶ Näheres zu diesen Fragen hinten 246 ff.

der Auflösung, vor allem aber für die Zeit während der Geschäftstätigkeit der AG, die das Hauptanwendungsgebiet der Auskunftserteilung nach Art. 697 ist. Ganz allgemein betrachtet, sind eben alle diese Publizitätsmittel vom Handelsregistereintrag mit nachfolgender Veröffentlichung bis zu den schriftlichen Vorlagen regelmäßig zu summarisch gehalten, um dem Aktionär Aufschluß über ihn interessierende Spezialfragen geben zu können. Diese Unzulänglichkeit zeigt sich besonders deutlich bei den während der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vorgeschriebenen Publizitätsmitteln, die den Jahresabschluß darzustellen und zu erläutern haben. Gerade die für das Kontrollrecht der Aktionäre grundlegende Vorschrift von Art. 696 ist in formeller und materieller Beziehung für eine in allen Teilen befriedigende Orientierung der Aktionäre unzureichend. *Formell ungenügend* ist diese Auflage am Sitz der Gesellschaft und bei den Zweigniederlassungen zehn Tage vor Abhaltung der GV vor allem im Hinblick auf die oft weitgehende geographische Zersplitterung des Aktienbesitzes. Die Ausübung des Bekanntgaberechtes durch den Aktionär scheitert daher sehr oft an der Tatsache, daß der Aktionär vom Auflageort weit entfernt wohnt und es ihm nicht möglich ist, in der kurzen Zeitspanne, die ihm zur Einsicht zur Verfügung steht, von den aufgelegten Dokumenten Kenntnis zu nehmen³⁷. Viel bedeutsamer für die Rechtfertigung der Notwendigkeit eines Rechts des Aktionärs auf weitere Auskunftserteilung ist aber die *materielle Unzulänglichkeit* der gemäß Art. 696 aufzulegenden Vorlagen. Zur vorher kurz dargelegten organischen Unzulänglichkeit von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung³⁸ kommt das Bestreben der Verwaltung, diejenigen Angaben, welche von Gesetzes wegen zu machen sind, möglichst knapp und allgemein zu halten. Die wesensgemäß unvollständigen und unübersichtlichen Rechnungsvorlagen sowie die regelmäßig unbefriedigenden Angaben im Geschäftsbericht weisen somit auf die unbedingte Notwendigkeit einer über diese Vorlagen hinausgehenden Auskunftserteilung hin³⁹. Gerade weil gesetzliche Vorschriften den notwendigen Umfang der allgemeinen aktienrechtlichen Publizität nur lückenhaft, höchstens im Sinne von Mindestvorschriften, regeln kön-

³⁷ So auch Neidhardt 27; Ronner 27/8; Muheim 32. Diese formelle Unzulänglichkeit wird allerdings dadurch gemildert, daß viele Gesellschaften die betreffenden Dokumente ihren Namenaktionären zusenden und für die übrigen Interessenten durch die Presse in den Hauptzügen veröffentlichen lassen.

³⁸ Ebenso ausdrücklich Zimmermann, Buchführung, 151 a und Bez 203.

³⁹ gl.M. Neidhardt 73/1 und neuerdings auch ausdrücklich Bürgi, N 96 zu Art. 662/63: «Je weniger Angaben die Gewinn- und Verlustrechnung enthält, desto wichtiger ist das Auskunftsrecht des Aktionärs.»

nen⁴⁰, stellt der Gesetzgeber dem Aktionär das Recht auf Auskunftserteilung gemäß Art. 697 zur Verfügung, um damit die Ausfüllung eventueller Lücken der allgemeinen Berichterstattung durch persönliche Offenlegungsansprüche zu ermöglichen und dem Aktionär dadurch eine Handhabe zu bieten, sich über nicht genügend ausgewiesene oder unklare Posten weitergehende Aufklärung zu verschaffen. Denn der Aktionär soll nicht darauf angewiesen bleiben, was ihm die Verwaltung mitzuteilen und was sie ihm zu verschweigen beliebt. Er muß vielmehr die Möglichkeit besitzen, selbst die Initiative in der Aufschlußerteilung zu ergreifen und sich das, was ihm als Lücke oder Unrichtigkeit erscheint, auseinandersetzen zu lassen.

2. Die Unzulänglichkeit des Kontrollrechts der Revisoren

Die Revisoren haben als vom Gesetz vorgesehenes Vertrauensorgan der Aktionäre den Jahresabschluß zu prüfen und der GV darüber schriftlich Bericht zu erstatten (Art. 728/29). Der Revisor schließt aber durch die Uebernahme seines Amtes «keinen Versicherungsvertrag darüber ab, daß alle Unregelmäßigkeiten entdeckt würden»⁴¹.

Dies ist angesichts der beschränkten Prüfungsbefugnisse der Kontrollstelle ohne weiteres verständlich, denn das Kontrollrecht der Revisoren ist von Gesetzes wegen auf die Rechnungsführung beschränkt und erstreckt sich ohne entsprechende Statutenbestimmungen nicht auf die Geschäftsführung. Die regelmäßig nur stichprobenweise vorgenommene Kontrolle erfaßt im wesentlichen nur die abgeschlossenen Bücher, sodaß unzulässige, gut getarnte Buchungen den Revisoren nicht ohne weiteres erkenntlich sind. Berücksichtigt man zudem noch die Möglichkeit der Besetzung der Kontrollstelle mit Nichtsachverständigen und die nicht selten bestehende Abhängigkeit der Revisoren von der Verwaltung, so erkennt man, daß der summarische Bericht und eventuelle Bestätigungen von Angaben der Verwaltung durch die Kontrollstelle für die Aktionäre nicht unbedingt schlüssig

⁴⁰ Zum Begriff, zur Entwicklung, Aufgabe und Bedeutung der allgemeinen aktienrechtlichen Publizität vgl. u. a. Leitz, insbes. 86 (abweichend zum Begriff Bez 22/3 und Muheim 1); Lehmann, Recht der AG, I 292; Siegwart, Einl. N 215 ff. und N 281; Stachelin sen., SAG I (1928/29) 44 ff.; NZZ, Nr. 1114 vom 15. Juni 1932; Bericht I 44/5. Die Grenzen der allgemeinen aktienrechtlichen Publizität entsprechen im wesentlichen den später zu behandelnden Schranken der Auskunftserteilung, vgl. hinten 152 ff.

⁴¹ NZZ, Nr. 1011 vom 2. August 1922 (zit. aus einem englischen Gerichtsurteil).

sein müssen⁴². Alle diese Unzulänglichkeiten des Kontrollrechts der Revisoren ergeben mit zwingender Notwendigkeit die Schaffung und Ausgestaltung eines Rechts des Einzelaktionärs auf weitere Auskunftserteilung, das unabhängig vom Kontrollrecht der Revisoren ausgeübt werden kann. Die Kontrollbefugnisse der Aktionäre können dabei selbstverständlich nicht so weit gehen, wie jene bei Nichtbestehen einer Kontrollstelle⁴³, da sich daraus eine Doppelspurigkeit ergäbe, die nicht im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre liegen und eine reibungslose Geschäftsführung gefährden würde. Trotzdem bleibt der Grundsatz der Erforderlichkeit einer weitergehenden Auskunftserteilung bestehen, denn «die beste Kontrolle in bezug auf Gründung und Verwaltungshandlungen ist die Kontrolle durch die Beteiligten selber»⁴⁴.

3. Die Machtlosigkeit des Minderheitsaktionärs

Das Recht auf Auskunftserteilung wird in der Regel nur für den Minderheits- und Kleinaktionär bedeutsam werden. Der Großaktionär sitzt entweder selbst im Verwaltungsrat oder hat doch so nahe Beziehungen zur Verwaltung, daß es ihm ein Leichtes sein wird, sich die notwendigen und ihn interessierenden Aufschlüsse auch außerhalb der GV zu verschaffen⁴⁵. Die Gesellschaftsleitung wird darauf umso bereitwilliger eintreten, als es ihr regelmäßig angenehmer sein wird, die begehrten Aufschlüsse unter vier Augen anstatt in der GV zu geben. Selbst wenn ein Großaktionär der Verwaltungspartei nicht angehört, wird er unter der Hand angemessene Auskunft erhalten oder sogar zur Einsicht in die Bücher zugelassen werden, da die Verwaltung seine Stimmkraft in der GV, z.B. im Zusammenhang mit einem Antrag auf Durchführung einer Spezialuntersuchung gemäß Art. 731 II, fürchten muß. Die Untersuchung, ob die Notwendigkeit eines Rechts auf weitergehende Auskunftserteilung besteht oder nicht, muß daher vor allem *vom Gesichtspunkt der Stellung des Minderheits- oder Kleinaktionärs aus* geführt werden.

⁴² gl.M. Lasserre 75. In diesem Sinne neuerdings auch der Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 25. September 1947, ZR 47, 205. Vgl. die ausführliche Darstellung dieser Probleme vorne 61 ff., insbes. 65 ff.

⁴³ Vgl. dazu z.B. die Regelung in der GmbH (Art. 819).

⁴⁴ Eugen Huber, Bericht I 45; ähnlich auch ZR 47, 205.

⁴⁵ Sog. «Inside-Informationen» (NZZ, Nr. 4 vom 2. Januar 1934). Ebenso Bürgi, N 60 zu Art. 662/63.

Das Prinzip der kollektiven Willensbildung in der AG hat zur Folge, daß die Ausübung der Mitverwaltungsrechte grundsätzlich der Gesamtheit der Aktionäre, bzw. der Mehrheit der in der GV vertretenen Aktienstimmen, und nicht dem Einzelaktionär übertragen ist. Angesichts der in der Praxis vorherrschenden einseitigen Machtverhältnisse und der damit einhergehenden Stärkung der Stellung der Verwaltung muß aber die kollektivistische Geltendmachung der Mitverwaltungsrechte versagen, weil in der GV nicht die Masse der Einzelaktionäre, sondern die Verwaltungspartei den bestimmenden Einfluß ausübt. Diese hat es in der Hand, alle Stellen in den Gesellschaftsorganen mit Personen aus ihrer Mitte zu besetzen und damit jenen Aktionären, die nicht zur Mehrheit gehören oder sonstwie der Geschäftsleitung nahestehen, nicht nur jeden Einfluß auf die Personal- und Geschäftspolitik, sondern vor allem jeden Einblick in die wirtschaftliche Lage und den Vermögensstand der Gesellschaft zu verwehren. *In der Unmöglichkeit, zuverlässige Informationen über die Gesellschaft zu erhalten, liegt aber die größte Schwäche der Minderheit*⁴⁶. Mit der Zurückdrängung der Bedeutung der GV werden die außenstehenden Aktionäre zur völligen Bedeutungslosigkeit herabgedrückt; ihre Kontrollrechte verkümmern und werden durch die sehr oft anzutreffende eingeschränkte Handhabung der Publizitätsvorschriften und die starke Zurückhaltung gegenüber Begehren von Aktionären auf Auskunftserteilung illusorisch gemacht, denn «die Geheimniskrämerei bildet das charakteristische Merkmal der geschäftlichen Praxis»⁴⁷.

Gegenüber dieser Machtstellung der Mehrheit und der Verwaltung muß ein Gegengewicht geschaffen werden, um möglichen Mißbräuchen zu steuern. Im ganzen ist die Aktionärstellung allerdings, trotz dem grundsätzlich herrschenden Mehrheitsprinzip, mit einer Reihe gesetzlicher Garantien umgeben, und das Vertrauen der Aktionäre in die mit der Aktie verknüpften Rechte ist eine der wichtigsten Grundlagen des geltenden gesetzlichen Typus der AG⁴⁸. Der Aktionär bedarf aber zur Sicherung seiner Rechte nicht nur der Aufstellung von Kautelen für die Ausübung des Stimmrechts, des Zugeständnisses von Minderheitsrechten und der Ermöglichung einer Anfechtung von widerrechtlich oder mißbräuchlich zustandegekommenen GV-Beschlüssen, sondern ebenso sehr *eines Schutzmittels vor jener Art der*

⁴⁶ Ebenso Indermaur 85.

⁴⁷ Hug, Revision, 29. Ausführliche Klage über die in der Praxis geübte Zurückhaltung führt auch Zimmermann, Buchführung, 168 a, Anm. 185.

⁴⁸ Hug, Revision, 23.

Vergewaltigung, die in der Erteilung unrichtiger oder mangelhafter Informationen über die Lage der Gesellschaft liegt. Neben allen übrigen gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der rechtlichen Stellung des Einzelaktionärs und neben der Verschärfung der Verantwortlichkeitsbestimmungen muß deshalb vor allem auf die Ausgestaltung des Rechts des Einzelaktionärs auf Auskunftserteilung Bedacht genommen werden⁴⁹, denn das Uebergewicht der jeweils herrschenden Aktionärgruppe «wird nicht so sehr durch die vulgären äußeren Machtmittel des Stimmrechts begründet, als durch die natürliche, dauernde und schwer zu brechende Ueberlegenheit weniger Informierter über die große Zahl der Nichtinformierten»⁵⁰.

Die Notwendigkeit der Schaffung eines Rechts des Einzelaktionärs auf weitergehende Aufschlüsse ergibt sich ferner auch aus der *Bedeutungslosigkeit des Mehrheitsrechts auf Auskunftserteilung*⁵¹. Abgesehen von der tatsächlich gegebenen Unwirksamkeit des Rechts der GV auf Auskunftserteilung besteht aber auch grundsätzlich die Erforderlichkeit einer Orientierung des Einzelaktionärs aus eigenem Recht. Eine sachgemäße Beschlußfassung der GV setzt voraus, daß die Gesamtheit der Aktionäre vorher angemessen über alle wichtigen Vorgänge innerhalb der Gesellschaft unterrichtet wird. Jedem Beschluß der GV geht jedoch notwendigerweise ein Entschluß beim einzelnen Aktionär voraus, und aus der Summe dieser Entschlüsse ergibt sich ein ablehnender oder zustimmender GV-Beschluß. Auch der einzelne Aktionär kann aber einen vernünftigen und der Sache angemessenen Entschluß nur fassen, wenn er über bestimmte, gerade ihn interessierende Tatsachen orientiert ist. Damit er die Aufschlüsse über diese ihn besonders interessierenden Tatbestände verlangen kann, muß ihm ein Individualrecht auf Auskunftserteilung zugestanden werden, da die Mehrheit nicht imstande ist, die Wichtigkeit des begehrten Aufschlusses für den zu fassenden Entschluß beim einzelnen Aktionär zu ermes sen.

Gegen die Notwendigkeit der Ausgestaltung eines Rechts des Aktionärs auf weitergehende Auskunftserteilung scheint allerdings ein Moment, das schon bei der Behandlung des Mehrheitsrechtes angetönt wurde, zu sprechen: die *Interesselosigkeit vieler Aktionäre*. In der Tat würde ein Einzelrecht, das von dem daraus Berechtigten nicht benützt wird, seinen Zweck weitgehend verfehlen. Die in der einschlägigen Literatur zu findenden Darstellungen über die Indolenz

⁴⁹ Ebenso Hug, Revision, 83/4 und Dech 17/8.

⁵⁰ Landesberger, DJZ 17 (1912) 1068.

⁵¹ Vgl. im einzelnen vorne 29 ff., insbes. 34/6.

der Aktionäre sind aber teilweise allzu stark negativ gefärbt und daher vorsichtig aufzunehmen, wie denn überhaupt auf dem Gebiet des Aktionärschutzes, wo ausgesprochene Gegensätze aufeinanderprallen, gerne und beidseitig übertrieben wird. Die Interesselosigkeit weiter Aktionärkreise scheint allerdings auch durch die Praxis bestätigt zu werden, und man hört selten von Fällen, in denen weitere Aufschlüsse auf Grund von Art. 697 verlangt werden. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die meisten Fälle von Aufschlußbegehren nicht publik werden, weil weder dem Aktionär noch der Verwaltung damit gedient wäre. Zu beachten ist ferner auch, daß unter normalen Verhältnissen, d.h. in guten Zeiten, das Interesse an Aufschlüssen weniger groß ist. Sobald jedoch schlechte Ergebnisse erzielt werden, erwacht auch das Interesse des vorher unbeteiligten Aktionärs⁵², und die Notwendigkeit eines Rechts auf Auskunftserteilung wird nur allzu deutlich. Im verallgemeinerten Schlagwort von der Interesselosigkeit der Kleinaktionäre ist daher sicherlich noch kein Ablehnungsgrund gegen ein Recht des Einzelaktionärs auf Auskunftserteilung und dessen weitgehende Ausgestaltung enthalten, denn es wird immer und in jeder Gesellschaft Aktionäre geben, die an weiteren Aufschlüssen interessiert sind und zur Erlangung dieser Aufschlüsse auf Art. 697 angewiesen sein werden.

Betrachtet man das Aktienrecht anhand der gesetzlichen Bestimmungen, so erscheinen seine Grundlagen als eine demokratische Verfassung. Die Verhältnisse in der Praxis lassen jedoch deutlich erkennen, daß im Leben der AG eine Herrschaft Weniger die Regel bildet. Die AG, wie jeder geschäftliche Betrieb, der auf der Verbindung verschiedener Arbeitsprozesse beruht und kommerzielles und spekulierendes Vorsehen und Vorausgreifen erheischt, neigt eben ihrem inneren Wesen nach zur aristokratischen oder gar monarchischen Verfassung⁵³. Die heute in der Regel vorherrschenden Machtverhältnisse innerhalb der AG entspringen aber nur zum kleineren Teil einem asozialen Streben nach Herrschaft, sondern vor allem den wirtschaftlichen Gegebenheiten. Sie sind die notwendige Folge einer wirtschaftlich bewegten Zeit, welche rasche Entscheidungen und eine von Verantwortungsbewußtsein gestärkte Entschlußfreiheit der Geschäftsleitung erfordert. Eine zu starke Beengung der in der Verwal-

⁵² Pinner, Verhandlungen zum 34. Deutschen Juristentag, 667, hat nicht ganz Unrecht, wenn er etwas überspitzt meint: «Nur wenn die Aktionärseele in Wut versetzt wird, erscheint er selbst in der GV».

⁵³ Klein: Die neuen Entwicklungen in Verfassung und Recht der AG, Wien 1904 (zit. nach Haußmann, Aktienwesen, 6, Anm. 4).

tung tätigen Kräfte wäre deshalb unter den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen unmöglich und in der Regel der Entwicklung der Gesellschaft hinderlich. Es ist daher notwendig, die Stellung der die AG leitenden Personen zu stärken und diese in ihrer Geschäftsführung von der Masse der Aktionäre, denen meist auch der notwendige Ueberblick über die Geschäftslage fehlt, weitgehend unabhängig zu machen⁵⁴. Diese Machtkonzentration in den Händen Einzelner, die heute allein imstande ist, positive Ergebnisse zu erzielen und sich den fließenden wirtschaftlichen Erscheinungen anzupassen, birgt daneben selbstverständlich die Gefahr des Mißbrauchs in sich. Der Entwicklung in der Praxis kann aus diesem Grunde nur zugestimmt werden, wenn das Gesetz Schutzmittel gegen die dadurch vermehrte Gefahr von Mißbräuchen schafft. Unrichtig ist es auf jeden Fall, diese tatsächlichen Verhältnisse im Gesetz verankern zu wollen und sie damit ungesunden Extremen entgegenzuführen, wie dies Müller-Erzbach mit dem Vorschlag der Umgestaltung der AG zur «Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre» versucht⁵⁵. Seine Vorschläge laufen auf eine Beseitigung des zu einem «Zerrgebilde» gewordenen Stimmrechts des Kleinaktionärs hinaus. Gerade der entgegengesetzte Weg ist aber der allein vertretbare: *Der gesteigerten Macht der Verwaltung und einzelner Großaktionäre oder Aktionärgruppen bei der Betreuung fremden Kapitals muß eine gesteigerte Rechenschaftspflicht und Kontrolle entsprechen*⁵⁶. Deshalb schließen Maßnahmen zur Stärkung der Verwaltung keinesfalls aus, daß auch die Aktionärstellung mit neuen Sicherungen versehen wird — im Gegenteil, diese Stärkung der Verwaltungsmacht wird überhaupt erst tragbar durch eine weitgehende Sicherung der Rechte des Aktionärs. Je mehr sich demnach die ganze Macht und Leitung in den Händen der Unternehmeraktionäre konzentriert, desto mehr wächst die Verpflichtung der von diesen bestellten Verwaltung, dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Aktionär Einblick in die wirtschaftliche Lage und Aufschluß über die geschäftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zu erteilen, und desto wirksamer ist dieses Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung zu sichern⁵⁷.

⁵⁴ Begründung zum deutschen Aktiengesetz von 1937, 252.

⁵⁵ Müller-Erzbach, Umgestaltung.

⁵⁶ Erl. Bem. zu D.Entw. 1930, 95.

⁵⁷ Hug, Revision, 37 und 92. Vgl. die Regelung im amerikanischen Recht, wo einer praktisch unbeschränkten Machtstellung der Gesellschaftsleitung ein weitgehendes Kontrollrecht der Aktionäre gegenübersteht (Ballantine 318 ff. und 545 ff.), sowie die Neuregelung des deutschen Aktienrechts, das die Unabhängigkeit des Vorstandes von der Hauptversammlung entscheidend förderte (§ 70, 103

Das schweizerische Aktienrecht läßt in dieser Beziehung kaum etwas zu wünschen übrig. Der Gesetzgeber hat dem Aktionär ein Kontrollrecht zur Verfügung gestellt, in welchem insbesondere das Recht auf Auskunftserteilung eingeschlossen ist, und um dieses Aufschlußrecht des Aktionärs wirksam zu sichern, besteht neben den übrigen Klagemöglichkeiten des Aktienrechts noch das besondere Klagerecht zur Durchsetzung der vom Aktionär gestellten gerechtfertigten Aufschlußbegehren. Diese ausreichende gesetzliche Regelung verspricht jedoch nicht immer den Erfolg im Einzelfall, welcher vielmehr erst gesichert wird durch eine sinngemäße und zweckentsprechende Ausgestaltung in der Praxis. Diese ist aber in vielen Fällen noch eine völlig unzureichende⁵⁸. Auch auf einem scheinbar so nebensächlichen Gebiet wie dem der aktienrechtlichen Auskunftserteilung gilt es jedoch, der Absicht des Gesetzgebers in vollem Umfange zu folgen. Mit der Anerkennung des Grundsatzes der Wahrung der Entscheidungsmacht der Verwaltung muß daher der Grundsatz der *«Reinerhaltung des Kontrollgedankens»*⁵⁹ anerkannt und dementsprechend gebührend beachtet werden.

Aus allen diesen Gründen — der Unzulänglichkeit der allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmittel, der Unzulänglichkeit des Kontrollrechts der Revisoren und insbesondere der Stellung des Minderheits- und Kleinaktionärs in der AG — ergibt sich eindeutig die Notwendigkeit einer weitergehenden Auskunftserteilung⁶⁰. Der Aktionär ist in Gefahr, immer mehr auf die Stufe des Obligationärs herabzusinken⁶¹. Trotz der von vielen Gesellschaften befolgten Linie der stabilen Dividende ist die Stellung des Aktionärs aber doch eine andere als die des Obligationärs. Während der letztere in seiner finanziellen Stellung von derjenigen des Schuldners -- solange dieser nicht überschuldet ist -- unabhängig bleibt, muß der Aktionär grundsätz-

II, 125, 126 I DAG), dafür aber dem einzelnen Aktionär ein Auskunftsrecht (§ 112 DAG) zugesteht.

⁵⁸ Vgl. für die Verhältnisse in der Praxis etwa NZZ, Nr. 514 vom 5. April 1921 und Nr. 1465 vom 9. November 1922; ferner NZZ, Nr. 2559 vom 20. November 1951 und Nr. 1444 vom 1. Juli 1952; ZR 26, 103; ZR 37, 163; ZR 47, 202; BGE 65 II 10.

⁵⁹ DJZ 41 (1936) 227.

⁶⁰ Diese Notwendigkeit anerkennt sogar Müller-Erbach, trotz seiner eben angeführten minderheitsfeindlichen Stellungnahme, ausdrücklich (Umgestaltung 33). Vgl. auch Goldschmidt, der in seinen *«Recenti tendenze»* (75 ff., insbes. 98/9) nachdrücklich darauf hinweist, wie sehr eine ausreichende Regelung des Rechts auf Auskunftserteilung von der Lösung der in der AG bestehenden Machtverhältnisse abhängt (Goldschmidt, Robert: *Recenti tendenze nel diritto delle società anonima*, Firenze 1935).

⁶¹ Vgl. Ausschuß III 86 ff.; Grünpeter 22/3; Lehner 30 ff.

lich an allen Schwankungen der Vermögenslage der Gesellschaft teilnehmen. Die durch die Geschäftsführung hervorgerufenen Vermögensverschiebungen wirken sich unmittelbar auf das Aktionärvermögen aus, sodaß der Aktionär im Gegensatz zum Gläubiger ein ständiges unmittelbares Interesse am Geschäftsgang des Unternehmens hat. Die Aktienbeteiligung als Bestandteil des Individualvermögens des Aktionärs, der fremder Geschäftsführung anvertraut ist, involviert daher auch eine umfassende Aufschlußerteilung, denn «es ist doch das wenigste, daß jemand, der mit seinem Gelde bei einem Unternehmen beteiligt ist, verlangen kann, daß ihm mitgeteilt wird, wie sich im einzelnen die meist in der Bilanz nur sehr oberflächlich und versteckt gegebene Abrechnung stellt»⁶². Es gilt somit, jedem Aktionär die ihm kraft seiner – wenn auch noch so kleinen – Kapitalbeteiligung und der sich daraus ergebenden Mitgliedschaft zukommende Stellung innerhalb der Gesellschaft zu erhalten und ihm zugleich zu deren Schutz *ein weitgehendes, nur vor den Schranken der Gesellschaftsinteressen zessierendes Recht auf Auskunftserteilung zu verschaffen*. Die gleiche Notwendigkeit anerkannte auch der in der französischen Reformbewegung führende Senator *Lesaché*, der diese Gedankengänge im Anschluß an die aus der französischen Revolution berühmte Streitschrift des Abbé Sieyès wie folgt formulierte: «Qui possède actuellement les neuf-dixièmes du capital des sociétés? Les petits et les moyens épargnants. Que sont-ils dans la direction des sociétés? Rien. Que veulent-ils? Avoir un droit de regard sur l'emploi fait de leur argent. Est-il rien de plus juste que cette revendication?»⁶³.

IV. DER UMFANG DER AUSKUNFTSERTEILUNG

Als Ausgangspunkt einer Umfangsbestimmung der Auskunftserteilung muß der Wortlaut des Gesetzes herangezogen werden. Sowohl das alte als auch das geltende Recht lassen indessen eine klare Regelung des Aufschlußrechts des Aktionärs vermissen. Nach Art. 697 I ist der Aktionär berechtigt, die Kontrollstelle auf *«zweifelhafte Ansätze»* aufmerksam zu machen und die *«erforderlichen Aufschlüsse»* zu verlangen. Der Ausdruck *«zweifelhafte Ansätze»* bezieht sich unmißverständlich auf die in Art. 696 erwähnten Vorlagen. Als Ansätze (*évalu-*

⁶² Pinner, JW 45 (1916) 990.

⁶³ Bulletin 64 (1934/35) 144.

ations) können aber nur die in den Rechnungsvorlagen enthaltenen Posten bezeichnet werden⁶⁴. Damit steht eindeutig fest, daß die Rechnungsposten der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung von der Auskunftserteilung erfaßt werden.

Die Ausführungen im Geschäftsbericht und andere Tatbestände des Gesellschaftslebens scheinen daher vorerst von der Aufschlußpflicht ausgeschlossen zu sein. Die Wahl des Ausdrucks «Ansätze» läßt sich aber sehr einfach aus der Tatsache erklären, daß Art. 697 I nur die Aufschlußpflicht der Kontrollstelle regelt, die selbstverständlich nicht in der Lage ist, die Darlegungen im Geschäftsbericht zu kommentieren. Aus der Fassung von Art. 697 I darf aber nicht geschlossen werden, daß die Auskunftserteilung nur die Rechnungsvorlagen umfasse⁶⁵, denn damit würde das überaus wichtige Gebiet der Geschäftsführung im allgemeinen der Aufschlußpflicht nicht unterstehen. Art. 697 III bringt mit einer viel weiteren Umschreibung die Lösung, indem er von «bestimmten, für die Ausübung des Kontrollrechts erheblichen Tatsachen» spricht. Dieser Absatz regelt die richterliche Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung und bestimmt damit den letzten Endes durchsetzbaren Umfang der Auskunftserteilung. *Somit ist für die Umfangsbestimmung von dieser Voraussetzung der Erheblichkeit für die Ausübung des Kontrollrechts oder m.a.W. von der Voraussetzung der Erheblichkeit einer bestimmten Tatsache für die Beurteilung der gesamten Lage der Gesellschaft auszugehen*⁶⁶.

Auf dieser Grundlage des Gesetzes wird im folgenden aufzubauen sein. Da der Gesetzgeber aber abstrahieren muß, um eine möglichst umfassende und praktisch verwertbare Formel zu finden, bedürfen seine Formulierungen regelmäßig noch der Auslegung und Ergänzung. Diese Auslegung muß sich auf den Begriff der Erheblichkeit stützen. In den folgenden Ausführungen soll der Versuch unternommen werden, diesen Begriff nach verschiedenen Seiten und in verschiedenartigen Einzelfällen abzuklären und damit für die Praxis zugleich den Rahmen der wünschenswerten Mindestaufschlußpflicht in den einzelnen besprochenen Fällen — selbstverständlich immer unter Vorbehalt der Schranken der Auskunftserteilung — zu um-

⁶⁴ Ebenso Schucany, N 2 zu Art. 697. Burki, 111, nennt die Formulierung von Art. 697 I nicht mit Unrecht «ein Musterbeispiel ungenauer Ausdrucksform». Vgl. dazu auch die kritischen Ausführungen von Lasserre 75.

⁶⁵ gl.M. Janggen 211; Neidhardt 82; Hug, Revision, 98; Cour de justice civile de Genève, Semjud 46 (1924) 281 ff.; Henggeler, Kontrollrecht, 154/55.

⁶⁶ In diesem Sinne neuerdings auch das Kassationsgericht des Kantons Zürich (ZR 47. 204). Zum Begriff der Erheblichkeit im allgemeinen vgl. hinten 197/98.

reißen. Diese Darstellung verschiedener Möglichkeiten von Tatbeständen einer erheblichen Auskunftserteilung will jedoch nicht als lückenlose Kasuistik aufgefaßt sein, da eine vollständige Erfassung aller denkbaren Einzelfälle praktisch ausgeschlossen ist. Unter der in dieser Arbeit durchgehend befolgten Aufteilung in Auskunftserteilung bei Gründung, während der Geschäftstätigkeit und bei Auflösung der AG werden lediglich die wichtigsten und kennzeichnendsten Fälle einer weitergehenden Auskunftserteilung aufgezeigt, wie sie insbesondere durch die Vorschriften des Gesetzes⁶⁷ und durch Vorkommnisse in der Praxis gegeben sind. Erst nach der Abklärung dieser Einzelfragen und der Darstellung der Schranken der Auskunftserteilung wird eine grundsätzliche Stellungnahme in bezug auf den Umfang der Auskunftserteilung möglich sein.

1. Die Auskunftserteilung bei Gründung der AG

Die konstituierende GV hat den bisherigen Verlauf der Gründung zu überprüfen und durch den Feststellungsbeschluß zu bestätigen, daß die Prüfung sie befriedigt hat. Ein Bedürfnis nach weiterer Auskunftserteilung kann sich dabei hauptsächlich im Zusammenhang mit Sacheinlagen, Uebernahme von Vermögenswerten und Gründervorteilen, sowie bei Aenderungen des Statutenentwurfs und den Wahlen der statutarischen Organe ergeben.

Ueber Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteile sind die Zeichner schon durch die Angaben des Statutenentwurfs aufgeklärt worden (Art. 628)⁶⁸. Dazu tritt als Erweiterung der Aufklärung der *Gründerbericht* (Art. 630), in welchem über Art und Zustand der einzubringenden oder zu übernehmenden Vermögenswerte und die Angemessenheit der dafür berechneten Wertansätze, über die Anzahl der dem Sacheinleger zukommenden Aktien oder andere von der Ge-

⁶⁷ Damit erhalten die positiven Grundlagen des Gesetzes oder der Statuten auch für die Auskunftserteilung nach Art. 697 Bedeutung, indem die Gegenstände, die schon durch den Gesetzgeber oder die Statuten als wesentlich zur Bekanntgabe betrachtet wurden, auch Grundlage eines Begehrens um weitere Auskunftserteilung sein können. Hier setzte denn auch das Dilemma der deutschen Autoren in den Arbeiten zum HGB ein, die mangels einer speziellen gesetzlichen Regelung kein weitergehendes Auskunftsrecht als Rechtspflicht gegenüber der Verwaltung vertreten konnten; vgl. insbes. Netter, Auskunftsspflicht, 43 ff. und vorne 85.

⁶⁸ Vgl. dazu Huber, Karl: Die qualifizierte Gründung der GmbH, Diss. Bern 1939; Wehrli, Ulrich: Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1940.

sellschaft zu übernehmende Leistungen und über die Begründung und die Angemessenheit der Gründervorteile ausführlich Auskunft zu erteilen ist⁶⁹. Ueberdies müssen der konstituierenden GV allfällige Sacheinlage- und Uebnahmeverträge vorgelegt werden (Art. 635 I).

Der Umfang einer eventuellen weiteren Auskunftserteilung über diese Verhältnisse ist nach dem Zweck der gesetzlichen Vorschriften zu bemessen. Der Gesetzgeber wendet sich mit seinen Vorschriften vor allem gegen eine Verheimlichung von Sacheinlagen, Sachübernahmen oder Gründervorteilen. Eine solche Umgehung der Kundgebungspflicht durch die Gründer wird den Teilnehmern der konstituierenden GV in diesem Zeitpunkt regelmäßig noch nicht erkennbar sein, da allfällige Abreden unter den Gründern erst nach vollzogener Gründung erfüllt werden⁷⁰. Eine allgemeine Anfrage, ob solche Abreden getroffen wurden, ist aber ohne weiteres wahrheitsgetreu zu beantworten. Dagegen eröffnet sich im weiteren Zweck der gesetzlichen Bestimmungen — der Verhinderung einer Ueberbewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen und eines Uebermaßes von Gründervorteilen — ein weites Gebiet für Begehren um weitere Auskunftserteilung nach Art. 697. In diesem Falle liegen konkrete Angaben vor, auf die der betreffende Zeichner Bezug nehmen kann, mögen diese Angaben nun ungenau, unklar oder offenbar falsch sein⁷¹.

Der Gegenstand einer *Sacheinlage oder Sachübernahme* muß so deutlich und ausführlich umschrieben sein, daß über die Identität des Gegenstandes kein Zweifel mehr möglich ist. Als Grundsatz der Auskunftserteilung gilt daher hier das *Erfordernis der genügenden Identifizierung*. Besteht eine Sacheinlage in einer Forderung, so sind eingehende Details in bezug auf Gläubiger, Schuldner, Leistungsinhalt und causa notwendig. Handelt es sich um ganze Vermögenskomplexe, wie etwa die Uebernahme eines Geschäftes, so müssen Belege vorgewiesen werden, aus denen eine Abklärung im einzelnen gewonnen werden kann. Dabei sind auch die übernommenen Passiven zu erwähnen (Art. 81 III HRegVO) und der Zustand der betreffenden Vermögenswerte ist möglichst genau zu beschreiben.

⁶⁹ Ueber die Anforderungen an die Aufschlüsse im Statutenentwurf und Gründerbericht vgl. Siegwart, N 31 ff., 57 und 70 zu Art. 628 und N 5 ff. zu Art. 630; Schucany, N 4 zu Art. 630; Huber a.a.O. 76 ff.; Wehrli a.a.O. 89 ff. Die ursprünglich für die in Art. 630 II bezeichneten Werte vorgesehene Expertise wurde wieder fallengelassen, vgl. Art. 700 III Entw. I und Bericht II 32/3; anders § 191/94 HGB und § 24/7 DAG.

⁷⁰ Vgl. Siegwart, N 21 ff., 54 ff. und 71 zu Art. 628 und hinten 123.

⁷¹ Eine krasse Ueberbewertung wird regelmäßig Hand in Hand mit einer Verschleierung gehen, vgl. Siegwart, N 16 zu Art. 628 und Huber a.a.O. 110 ff.

Die *Bewertung* ist praktisch eines der wichtigsten und gefährlichsten Probleme auf dem Gebiete der Sachgründung, dies umso mehr, als eine richtige Werteinschätzung wegen der verschiedenen Interessen an der Bewertung sehr schwierig ist. Es ist jedoch wohl zu beachten, daß das Gesetz nicht eine bloße Wertangabe, sondern ausdrücklich Aufschluß über die Bewertung verlangt. Daher müssen die Gründer neben der rein zahlenmäßigen Wertangabe auch einen gewissen Einblick in die Grundlagen der Wertberechnung gewähren, und zwar soweit, daß kein Zweifel mehr möglich ist, auf was sich die Wertberechnung stützt. Die Angemessenheit der Bewertung muß gegebenenfalls durch Hinweise auf die bisherige Brauchbarkeit, Angaben der auf sie vom Rechtsvorgänger gemachten Aufwendungen und durch begründete Mutmaßungen über die künftige Verwendbarkeit im Betrieb der zu gründenden Gesellschaft belegt werden. Dabei ist selbstverständlich nur auf rein ökonomische und sachliche Grundlagen abzustellen; Rücksichten auf die Person des Veräußerers dürfen nicht mitspielen. Was die *Aufschlüsse über die Gegenleistung* anbetrifft, so muß diese, falls sie nicht in Geld gemacht wird, zuerst in Geld abgeschätzt werden, damit die Ausgeglichenheit der beidseitigen Leistungen ersehen werden kann, wobei auch die Angemessenheit dieser Abschätzung zu belegen ist.

Werden bei einer Gründung *besondere Vorteile* gewährt, so sind neben der Nennung der begünstigten Personen vor allem Gegenstand und Inhalt des gewährten Vorteiles genau zu bezeichnen, und es ist anzugeben, ob es sich um sofort fällige Leistungen oder künftige Vorteile einmaliger oder periodischer Art handelt und ob diese künftigen Vorteile körperschaftsrechtlicher oder individualrechtlicher Natur sind⁷². Außerdem ist der Wert des Vorteils genau zu bezeichnen, wobei eine ziffernmäßige Bestimmung allerdings nicht immer möglich sein wird, und vor allem die Angemessenheit der Bewertung ausführlich darzutun. Dabei können hier neben rein wirtschaftlichen Ueberlegungen auch andere Erwägungen in Berücksichtigung gezogen werden, so etwa die Anerkennung der Verdienste um die Errichtung und das Gedeihen des eingebrachten Geschäftes.

Sind die Aufschlüsse in bezug auf diese und ähnliche Tatsachen in den Statuten oder im Gründerbericht in irgendeiner Form ungenügend, so ist ein Begehren eines Zeichners an der konstituierenden GV ohne weiteres als materiell berechtigt zu betrachten und ihm auch stattzugeben. Die besondere Gefährlichkeit dieser Verhältnisse anläß-

⁷² Vgl. im einzelnen Siegwart, N 65/8 zu Art. 628.

lich einer Gründung macht es unbedingt notwendig, daß über *alle wesentlichen Umstände im Zusammenhang mit Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteilen erschöpfend Aufschluß gegeben wird*. Es kann deshalb kein Zweifel bestehen, daß die Voraussetzung der Erheblichkeit hier überall zutrifft. Wieviel Wichtigkeit auch der Gesetzgeber diesen besonderen Verhältnissen beimißt, geht daraus hervor, daß er sie einer besonderen Beschlußfassung mit qualifizierter Mehrheit unterstellt (Art. 636) und damit einer Minderheit bei Anlaß zu Mißtrauen Gelegenheit gibt, die Gründung zum Scheitern zu bringen.

Die konstituierende GV hat auch den übrigen Inhalt des Statutenentwurfs zu beraten und darüber Beschluß zu fassen, wobei wesentliche Aenderungen⁷³ nur mit Zustimmung sämtlicher an der Versammlung vertretenen Zeichner beschlossen werden können (Art. 635 III). Es ist selbstverständlich, daß *über alle Aenderungen des Statutenentwurfs umfassend Aufschluß zu erteilen* und vor allem ihre Berechtigung darzulegen ist, da die Zeichner auf Grund des ursprünglichen Statutenentwurfs beschlossen haben, der zu gründenden Gesellschaft beizutreten. Sie haben aber damit ein Anrecht auf Beibehaltung der Grundlage ihres Beitritts oder — sofern Aenderungen notwendig erscheinen — ein Recht auf erschöpfende Auskunftserteilung über die Gründe dieser Aenderung. Angesichts des Erfordernisses der Einstimmigkeit bei wesentlichen Aenderungen bleibt den Gründern sowieso nichts anderes übrig, als allen Begehren um Aufschlußerteilung stattzugeben, wenn sie nicht damit rechnen wollen, daß ein nicht genügend orientierter Zeichner seine Zustimmung verweigert und damit die Gründung unmöglich macht.

Zu den Obliegenheiten der konstituierenden GV gehört auch die *Wahl der statutarischen Organe* (Art. 635 IV). Häufig werden die Mitglieder der Verwaltung schon im Statutenentwurf genannt und sind daher mit Annahme der Statuten auch gewählt (Art. 708 II). Dagegen muß die Kontrollstelle von der Versammlung der Zeichner gewählt werden. Wenn die Bestimmungen über Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteile, sowie die Beschlußfassung über die Statuten im allgemeinen keinen Anlaß zu Mißtrauen gegeben haben, so wird bei diesen Wahlen kaum viel Bedürfnis nach weiterer Auskunftserteilung bestehen, und die von den Gründern vorgeschlagenen Personen werden ohne weiteres gewählt werden. Großes Interesse an wei-

⁷³ Zum Begriff der Wesentlichkeit vgl. Siegwart, N 23 zu Art. 634/36 und BGE 62 I 25.

teren Aufschlüssen anlässlich der Gründung wird überhaupt dort nicht bestehen, wo die Vorschriften des Gesetzes getreulich befolgt wurden. Da diese Vorschriften aber sehr einläßliche Bestimmungen über die Auskunftserteilung in Statutenentwurf und Gründerbericht enthalten, wird eine weitere Aufschlußerteilung in der Regel nicht notwendig sein. Zudem ist der zukünftige Aktionär noch zu wenig mit der Gesellschaft, deren Existenz ja erst beginnt, verbunden, um schon eine sehr genaue Kenntnis der Lage zu wünschen. Umsomehr wächst dieses Interesse während der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, welcher Zeitabschnitt im Leben einer AG denn auch der wichtigste für das Gebiet der Auskunftserteilung nach Art. 697 ist.

2. Die Auskunftserteilung während der Geschäftstätigkeit der AG

Unter dem Begriff der «Geschäftstätigkeit der AG» soll der ganze Zeitabschnitt zwischen Gründung und Auflösung der Gesellschaft verstanden werden, womit sich die außerordentliche Bedeutung dieses Abschnittes ohne weiteres erklärt. Angesichts der Fülle des zu bewältigenden Stoffes drängt sich zur Erreichung einer gewissen Uebersicht die Notwendigkeit einer Einteilung auf. Da für die Umfangsbestimmung der Auskunftserteilung durchgehend auf die Notwendigkeit bzw. Erheblichkeit der Auskunftserteilung abzustellen ist, liegt die Einteilung in ordentliche und außerordentliche Verhältnisse nahe, denn es erscheint als selbstverständlich, daß die Notwendigkeit weiterer Aufschlüsse unter außerordentlichen Verhältnissen eine wesentlich größere ist als unter normalen Verhältnissen⁷⁴. Welche Tatbestände insbesondere unter diese beiden Einteilungskriterien subsumiert werden können, wird aus den folgenden Ausführungen deutlich werden.

a) Die Auskunftserteilung unter ordentlichen Verhältnissen

Eine Auskunftserteilung unter normalen Verhältnissen wird sich regelmäßig im Rahmen der ordentlichen, alljährlich stattfindenden GV abspielen. Als Grundlagen dieser Aufschlußerteilung werden vor allem die Traktanden der ordentlichen GV dienen, aus denen der einzelne Aktionär Anhaltspunkte über ein Begehren nach weiterge-

⁷⁴ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 183/84 und Peyer 65.

hender Auskunftserteilung schöpfen kann. Dabei spielen Ziff. 3 und 4 von Art. 698 II über die Abnahme von Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz und Geschäftsbericht, die Beschlußfassung über die Verwendung des Reingewinns und über die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung, sowie die Beschlußfassung über die Entlastung der Organe als jährlich wiederkehrende Traktanden die größte Rolle, während über die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle (Art. 698 II Ziff. 2) nur in gewissen Zeitabständen beschlossen werden muß.

Der Umfang der Auskunftserteilung wird auch hier wieder vom *Zweck der gesetzlichen Vorschriften* bestimmt. Dieser Zweck besteht in der Lieferung von Unterlagen, bzw. in der Vervollständigung und Ergänzung der schon gemachten schriftlichen und mündlichen Mitteilungen zur Herbeiführung eines vernünftigen und sachgemäßen Entschlusses beim einzelnen Aktionär, welcher seinerseits wieder zur Beschlußfassung der GV beizutragen hat⁷⁵.

aa) Die Auskunftserteilung über den Vermögensstand der Gesellschaft

Die AG ist auf dem Grundprinzip der beschränkten Haftung aufgebaut. Für ihre Verbindlichkeiten haftet ausschließlich das Gesellschaftsvermögen (Art. 620 I). Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet, können aber von Gesetzes wegen nicht zu Nachschüssen angehalten werden und sind keiner persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unterstellt (Art. 620 II, 680 I). Aus diesen Gründen ist die *Kontrolle über die Erhaltung des Haftungsobjektes* die bedeutsamste Aufgabe aller in der AG tätigen Kontrollinstanzen. Dieses Haftungsobjekt ist das Gesellschaftsvermögen, d.h. einerseits ein dem Grundkapital entsprechender Wert und anderseits darüber hinausgehende Vermögensvermehrungen. Das Grundkapital muß durch Aufnahme der Grundkapitalziffer in die Statuten und deren nachfolgende Eintragung im Handelsregister und Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt eindeutig kundgegeben werden. Der gesamte Vermögensstand der Gesellschaft aber wird nur im jährlich zu erstellenden Jahresabschluß sichtbar. Er unterliegt einmal einer vorgängigen Kontrolle

⁷⁵ Die folgende Einteilung in Auskunftserteilung über den Vermögensstand und Auskunftserteilung über die Tätigkeit der Gesellschaft folgt der zweckentsprechenden Unterscheidung von Art. 724. In der Praxis werden diese beiden Aufschlußgebiete in der Regel ineinandergreifen.

durch die ordentlichen Revisoren (Art. 728 I), eventuell durch besondere Sachverständige (Art. 723), und weiter einer abschließenden Kontrolle durch die GV und jeden einzelnen interessierten Aktionär anlässlich der ordentlichen GV. Als Kontrollmittel stehen dem Aktionär einerseits das Bekanntgaberecht von Art. 696 und andererseits, für weitergehendere Aufschlüsse, das Recht auf Auskunftserteilung gemäß Art. 697 zur Verfügung. Diese Kundgebung und Kontrolle des Haftungsobjektes liegt nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern ebenso im Interesse der AG selbst, da diese ausschließlich auf Sachkredit angewiesen ist. Sie liegt aber auch im Interesse der Aktionäre, vor allem jener Aktionäre, für welche das Recht auf Auskunftserteilung von Bedeutung ist, also im Interesse jener Minderheits- und Kleinaktionäre, die nicht Verwaltungs- sondern Anlageaktionäre sind und aus ihrer Anlage eine dem Vermögensstand der Gesellschaft entsprechende Dividende erwarten.

Die Auskunftserteilung hat somit alle Tatsachen zu erfassen, die zur Erkenntnis des gesamten Vermögensstandes, d.h. der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft notwendig sind. Das Recht auf weitere Auskunftserteilung dient in diesem Rahmen zur Ergänzung der durch die positiven Grundlagen schon geschaffenen Aufschlüsse über Bilanz, Gewinu- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht, soweit dieser den Jahresabschluß erläutert. Dabei ist allen Begehren auf weitere Aufschlüsse, die über die schon gemachten Mitteilungen hinaus zum Verständnis des Jahresabschlusses notwendig sind, stattzugeben. Das Interesse der Aktionäre wird sich in diesem Zusammenhang vor allem auf den herausgewirtschafteten *Reingewinn*⁷⁶ und den seine Verteilung betreffenden Antrag konzentrieren. Ein gegenüber dem Vorjahr wesentlich tieferer Reingewinn muß von der Verwaltung begründet werden, wobei sich die Aktionäre aber nicht nur mit allgemeinen Ausführungen abspesen lassen müssen, sondern Anspruch auf eine sachlich belegte Rechtfertigung haben⁷⁷. Liegt ein unzulänglich begründeter tiefer Reingewinn vor oder bestehen sonst Vermutungen über übermäßige Bezüge der Mitglieder der Verwaltung, so ist die Verwaltung verpflichtet, diese unter allen Rechtstiteln bezogenen Beträge auf Begehren eines Aktionärs bekanntzugeben⁷⁸.

⁷⁶ Zum Begriff Bürgi, N 4 ff. zu Art. 662/63.

⁷⁷ Vgl. als Beispiel etwa NZZ, Nr. 586 vom 5. April 1946 (Verwendung eines Teils des Gewinns zur Abschreibung des Buchwertes der Beteiligungen).

⁷⁸ So neuerdings ausdrücklich das Kassationsgericht des Kantons Zürich (ZR 47, 205/6). Vgl. auch — zu weitgehend — die Vorschriften des deutschen Rechts

Der Reingewinn kann auch durch *Liberalitäten* geschmälert werden. Unentgeltliche Rechtsgeschäfte pflegen aber nicht im Zweck der AG als Erwerbsgesellschaft zu liegen. Eine Ermächtigung der Verwaltung zu Liberalitäten kann deshalb nur auf Grund von Statutenbestimmungen oder eines GV-Beschlusses angenommen werden, sofern sie nicht schon aus dem Gesellschaftszweck hervorgeht⁷⁹. Solche Liberalitätsakte müssen daher den Aktionären unbedingt und zum mindesten auf Anfrage hin bekanntgegeben und begründet werden.

Auch bei der *Festsetzung des Gewinnanteils der Verwaltung*⁸⁰ können sich berechtigte Gründe für eine weitere Auskunftserteilung ergeben. Ist die Tantieme schon in den Statuten anteilmäßig festgesetzt, so erschöpft sich die Tätigkeit der GV in der formellen Genehmigung des betreffenden Antrages. Wird die Höhe der Tantieme aber von Fall zu Fall beantragt und festgesetzt, so können auch darüber berechtigte Aktionärbegehren auf weitere Aufschlüsse angemeldet werden, die regelmäßig von der Beurteilung der Geschäftsführung im allgemeinen abhängen werden.

Es besteht nun nicht die Absicht und kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, Beispiel um Beispiel in kasuistisch unerschöpflicher Folge zu geben. Die erwähnten sollen lediglich zur Illustration des Grundsatzes dienen, der hier entwickelt und betont werden soll: *Der Aktionär ist vor allem berechtigt, jeden Aufschluß über jede Tatsache zu erhalten, welche geeignet ist, den Reingewinn zu beeinflussen*, denn er hat Anspruch auf Ausrichtung einer Dividende im Sinne eines wohlerworbenen Rechts, soweit der Reingewinn nach Gesetz und Statut zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist (Art. 660 I, 646)⁸¹. Der Aktionär wird in dieser Hinsicht selbstverständlich im besonderen an jenen Tatsachen interessiert sein, die die Dividende anscheinend ungünstig beeinflussen⁸². Er hat dabei aber nach der neueren und grundsätzlich richtigen Rechtsprechung des Bundesge-

(§ 260 a Ziff. 6 HGB, § 128 Ziff. 7 DAG), wonach die Bezüge der Verwaltung sogar im Geschäftsbericht aufzuführen sind.

⁷⁹ Vgl. BGE 41 II 618, Erw. 4 und 52 II 360; SAG 5 (1932/33) 170 ff. Ohne weiteres zulässig sind aber Geschenke oder Vergabungen im geschäftsüblichen Umfange; ebenso Peyer 86. Im gleichen Sinne auch Bürgi, N 26 zu Art. 660/61.

⁸⁰ Vgl. Hartmann, Wilhelm: Die Tantieme bei der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1919; Bürgi zu Art. 677 und BGE 75 II 149 ff.

⁸¹ Zum Inhalt des wohlerworbenen Dividendenrechts vgl. Steiger, Karl: Der Anspruch des Aktionärs auf die Dividende, Diss. Bern 1947, insbes. 88 ff.; BGE 47 II 435/36, 54 II 24, 72 II 297 und frühere Entscheide; ferner Bossard 111 ff. und Bürgi, N 6 ff. zu Art. 660/61. Zu den Möglichkeiten seiner Verletzung Peyer 84.

⁸² Vgl. Kaiser, Hans: Dividendenpolitik, Diss. Bern 1938.

richts seinen Anspruch gegenüber einer ausgedehnten Reservebildung zur inneren Festigung des Unternehmens und gegenüber gerechtfertigten Sozialleistungen im Rahmen eines angemessenen Ausgleichs der verschiedenen Interessen zurücktreten zu lassen. Ist aber eine Gesellschaftsleitung genötigt, die Dividende herabzusetzen, oder sieht sie sich außerstande, eine solche auszuzahlen, so ist es allerdings unbedingt notwendig, daß sie sich über die Gründe dieses Rückganges ausführlich und eindeutig ausspricht⁸³, insbesondere auch über die Notwendigkeit der Bildung von zusätzlichen Rückstellungen im Sinne von Art. 674 II⁸⁴ oder deren Verwendung sowie über die Verwendung der übrigen ausgewiesenen Reservefonds (Art. 671 und 672).

Schon im Geschäftsbericht muß ferner über den *Erwerb und die Veräußerung von eigenen Aktien* Aufschluß gegeben werden. Da aber mit solchen Geschäften Mißbrauch getrieben werden kann, insbesondere bestimmte Aktionäre dadurch begünstigt werden können, daß ihnen mit einem Ankauf unzulässigerweise ihre Einlagen zurückbezahlt werden (Art. 680 II)⁸⁵, oder damit eine zum Schaden der Gesellschaft reichende Kurspolitik⁸⁶ betrieben werden kann, muß die Verwaltung auch über diesen Tatbestand und die damit zusammenhängenden Geschäfte angemessenen Aufschluß auf diesbezügliche Begehren geben⁸⁷. Das ist umso notwendiger, als die gesetzliche Offenlegungspflicht nach Art. 659 IV ungenügend ist⁸⁸.

Neben diesen ausgewählten Beispielen von bestimmten und besonders wichtigen Tatbeständen können die Aktionäre selbstverständlich auch *Fragen allgemeiner Natur in bezug auf die finanzielle Lage der Gesellschaft* stellen. So kann Aufschluß verlangt werden, ob Rechtsverhältnisse, welche schon die Bilanz gemäß den gesetzlichen und eventuellen weiteren statutarischen Bilanzierungsvorschriften enthalten müßte, überhaupt bestehen (z.B. Art. 670 I, 665 IV). Ferner kann

⁸³ Vgl. zwei Fälle aus der Praxis, NZZ, Nr. 2090 vom 18. November 1946 (Schweiz. Lokomotiv- und Maschinenfabrik, Winterthur); NZZ, Nr. 1098 und 1148 vom 21. und 28. Juni 1946 (Schweizerische Südbahn).

⁸⁴ Zum Verhältnis Dividendenzahlung—Reservenbildung vgl. Bürgi, N 3/7 zu Art. 674.

⁸⁵ Vgl. zu dieser Frage BGE 60 II 319/20; ferner ausführlich und kritisch Greuter, Bernhard: Das Problem des Erwerbs eigener Aktien im revidierten Obligationenrecht, Diss. Zürich 1948, 9 ff., 26 ff. Zu Art. 680 II: BGE 65 I 147 ff.

⁸⁶ Dazu Brupbacher, Willy: Die Bedeutung der Kursentwicklung der eigenen Aktien für den Betrieb und die Kurspflege, Diss. Bern 1936, NZZ, Nr. 514 vom 7. April 1921 (Basler Handelsbank). Vgl. auch Greuter a.a.O. 2/4, 6.

⁸⁷ Furrer, Adelrich: Erwerb eigener Aktien, Diss. Zürich 1934, insbes. 116 ff.; ZR 27, 78.

⁸⁸ Ebenso Greuter a.a.O. 42. Vgl. vorne 90.

ganz allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen Höchstbewertungsvorschriften Auskunft verlangt oder eine nähere Begründung von wesentlichen Abweichungen gegenüber früheren Jahresabschlüssen, etwa in bezug auf die Gliederung der Bilanz oder der Gewinn- und Verlustrechnung, angefordert werden.

Die besondere Wichtigkeit und Notwendigkeit einer Kontrolle über das Gesellschaftsvermögen als Haftungsobjekt für Gläubiger und Aktionäre ergibt sich aus den Grundlagen des Aktienrechts. Diese Kontrolle, die durch keine ungerechtfertigte Geheimniskrämerei erschwert werden sollte, visiert denn auch Art. 697 I vor allem, wenn er ein Auskunftsrecht in bezug auf «zweifelhafte Ansätze» betont. Die Kontrolle kann aber nicht nur auf den Vermögensstand der Gesellschaft beschränkt bleiben, sondern muß sich auch auf die Geschäftsführung und die Durchführung der Revision erstrecken und damit die Tätigkeit der Gesellschaft im ganzen umfassen.

bb) Die Auskunftserteilung über die Tätigkeit der Gesellschaft

Entgegen dem unvollständigen und mißverständlichen Wortlaut von Art. 697 I muß sich das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung auch auf die Geschäftsführung erstrecken⁸⁹, da diese sonst keiner anderen wirksamen Kontrolle unterliegen würde. Die Revisoren haben von Gesetzes wegen keine Prüfungsbefugnisse in bezug auf die Geschäftsführung, und das Kontrollrecht der GV ist in der Mehrzahl der Fälle wertlos. Die Auskunftserteilung über die Vermögenslage und den erzielten Erfolg bietet dem Aktionär einen ersten Maßstab für die Beurteilung der Sorgfalt und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung. Der Aktionär kann sich aber nur unter Einbezug von einzelnen Vorkommnissen der Geschäftsführung ein den Tatsachen entsprechendes Bild von der gesamten Lage der Gesellschaft und damit vom Wert seiner Kapitalanlage machen. Daher muß er berechtigt sein, *Aufschlüsse über die Tätigkeit der Gesellschaft im weitesten Sinne, d.h. über die Geschäftsführung der Verwaltung und die Durchführung der Revision durch die Kontrollstelle* zu verlangen. Anlaß zu eventuellen Aufschlußbegehren wird ihm die periodisch vorzunehmende Wahl der beiden Organe (Art. 698 II Ziff. 2) und vor allem die Beschlußfassung über deren Entlastung (Art. 698 II Ziff. 4) geben. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die *Beziehungen zwi-*

⁸⁹ Ebenso die übrige Literatur; ausdrücklich Hug, Revision, 98; Thalmann, Sten.Bull. St.R. 1931, 407. Für das deutsche Recht Trumpler 295 und Dech 17/8.. Verneinend nur Senarclens 298 (ohne Begründung).

schen Entlastungsbeschluß und Recht auf Auskunftserteilung äußerst bedeutsam. Sie müssen deshalb etwas näher behandelt werden, wobei das Hauptgewicht auf die praktisch wesentlich wichtigere *Entlastung der Verwaltung* zu legen ist.

Der Entlastungsbeschluß ist ein negatives Schuldanerkenntnis, durch welches eine als ungewiß betrachtete und von der Verwaltung bestrittene Forderung beseitigt wird⁹⁰. Im Zusammenhang mit dem Recht auf Auskunftserteilung wird vor allem der *sachliche Geltungsbereich der Entlastung* wesentlich, denn die Wirkungen der Entlastung beschränken sich auf jene Tatsachen, die der GV aus den ihr vorgelegten Unterlagen und Mitteilungen bekannt oder bei ordnungsgemäßer Prüfung erkennbar waren⁹¹. Damit wird das private Wissen der Aktionäre und das der GV nicht vermittelte Wissen der Revisoren von der Erfassung durch die Décharge ausgeschaltet. Diese Zurückhaltung gegenüber den Auswirkungen des Entlastungsbeschlusses ergibt sich aus der Erkenntnis, daß die Aufklärung der Generalversammlungen regelmäßig nur eine höchst unvollständige ist und daher bei anderer Einstellung die Gefahr von Mißbräuchen seitens der Verwaltung bestehen würde⁹². Würde sich der Entlastungsbeschluß unabhängig von den gemachten Mitteilungen und Vorlagen von vornherein auf die gesamte Geschäftsführung beziehen, so würde das Recht der GV, Entlastung zu erteilen, illusorisch, da es völlig im Belieben der Verwaltung stünde, ob sie den Aktionären die notwendigen Aufschlüsse erteilen wolle oder nicht. Immerhin darf die Differenzierung zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Handlungen der Verwaltung nicht so weit geführt werden, daß damit der Zweck des Entlastungsbeschlusses verloren geht.

Damit der Entlastungsbeschluß seine volle Wirkung entfalten kann, muß daher die GV ausreichend orientiert werden; ohne eine solche vorherige Rechenschaftsablegung ist eine Déchargeerteilung sinnwidrig. Die Mehrheit der Aktionäre kann aber trotzdem und insbesondere dann, wenn sie mit der hinter der Verwaltung stehenden herrschenden Aktionärgruppe identisch ist oder zum mindesten von dieser be-

⁹⁰ BGE 65 II 15.

⁹¹ Grundlegend BGE 65 II 2 ff., insbes. 10/1; ebenso grundsätzlich schon BGE 14, 668 ff., insbes. 704 ff. und ZR 29, 231 ff.; BGE 67 II 167 ff.; Peyer 67 ff.; weitergehend Piconi, Reno: Der Entlastungsbeschluß (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Diss. Zürich 1945, 37 ff., 49. Zum Entlastungsbeschluß im allgemeinen vgl. auch v. Steiger, SAG 15 (1942/43) 1 ff. und A. Wieland, SJZ 38 (1941/42) 374 ff.

⁹² BGE 65 II 10.

herrscht wird, aus naheliegenden Zweckmäßigkeitsgründen ohne nähere Untersuchung der Geschäftsführung die Entlastung erteilen und damit auf ihre Rechte gegenüber der Verwaltung verzichten⁹³. Gerade in diesen Fällen, da die GV auf die Anhebung einer eventuellen Verantwortlichkeitsklage verzichtet, wird das Recht des einzelnen Aktionärs auf Auskunftserteilung bedeutsam. Dem Aktionär wird damit die Möglichkeit gegeben, sich aus eigenem Recht Aufklärung über bestimmte Tatbestände der Geschäftsführung zu verschaffen, um auf Grund dieser Kenntnisse trotz entgegenstehendem Entlastungsbeschluß der GV die Frage der Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gemäß Art. 757 beurteilen zu können.

Die Orientierung der Aktionäre im Hinblick auf den zu fassenden Entlastungsbeschluß erfolgt hauptsächlich durch die gemäß Art. 696 aufzulegenden Vorlagen und wird oft noch durch mündliche Mitteilungen in der GV ergänzt. Wer aber nur nach Kenntnisnahme dieser Vorlagen und Mitteilungen der Verwaltung Entlastung erteilt, muß sich bewußt sein, daß er seine Erklärung auf Grund eines notwendig summarisch wiedergegebenen Gesamtergebnisses abgibt, zu welchem die einzelnen Verwaltungshandlungen lediglich Bausteine sind, die er nicht kennt — ganz abgesehen von der Möglichkeit, daß diese Unterlagen den Jahresabschluß verzerrt oder sogar unrichtig wiedergeben. Aus diesen Gründen ergibt sich für den einzelnen Aktionär die *Notwendigkeit nach weiteren Aufschlüssen über einzelne Verwaltungshandlungen, die für die Erteilung der Entlastung erheblich sind*. Die Tatsache, daß durch die Entlastung nur die den Aktionären kundgegebenen Tatbestände gedeckt werden, wird aber auch die Verwaltung veranlassen, umfassend Aufschluß zu erteilen, denn je erschöpfender die Auskunftserteilung ist, desto weiter geht der Umfang der Décharge. Die Verwaltung hat auf jeden Fall nur dann einen Klageanspruch auf Entlastung, wenn sie der Vorlegungspflicht von Art. 696 ordnungsgemäß nachgekommen ist und allen berechtigten Begehren auf Auskunftserteilung seitens der Aktionäre stattgegeben hat⁹⁴.

Die materiellen Anforderungen an die Rechenschaftsablegung im Hinblick auf den Entlastungsbeschluß können somit dahin umschrieben werden, daß diese dann als eine richtige und genügende zu betrachten ist, wenn die Aktionäre über alle für die Frage der Ent-

⁹³ BGE 51 II 71. Die GV ist «ohnehin das denkbar ungeeignetste Organ, um die delicate Frage der Entlastung zu behandeln» (BGE 65 II 11).

⁹⁴ Ebenso Piconi a.a.O. 228 ff.; Peyer 71; Schucany, N 7 zu Art. 698. Zur richterlichen Décharge-Erteilung vgl. Hagmann 35/7.

lastung entscheidenden Tatsachen aufgeklärt worden sind⁹⁵. Zu einer richtigen Orientierung gehört aber insbesondere die Möglichkeit der Erörterung eventueller kritischer Vorgänge und weitgehendes Entgegenkommen gegenüber berechtigten Aufschlußbegehren einzelner Aktionäre. *Es ist daher alles kundzugeben, was vom Standpunkt des entlastenden Aktionärs aus für seine EntschlieÙung, ob er die Entlastung gewähren oder versagen soll, wesentlich ist.* Diese Offenlegung hat in der Weise zu erfolgen, daß der Aktionär die Geschäftsvorgänge und -ergebnisse erkennen kann oder doch wenigstens zur Einholung von maßgebenden Aufschlüssen Wegleitung erhält; er soll nicht durch Irrtümer oder Täuschungen miÙleitet bzw. veranlaÙt werden, keinerlei Auskünfte nachzusuchen oder sie in unmaßgeblicher Richtung zu verlangen⁹⁶. Dabei ist für die Entscheidung der Frage, was sich aus den betreffenden Unterlagen herauslesen läÙt. «abzustellen nicht etwa auf die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes, weil ja der Aktionär keineswegs immer Geschäftsmann ist, sondern vielmehr auf die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen, wobei erst noch die Schnelligkeit der Verhandlung der GV, das Nichtvorliegen der Geschäftsbücher, die Dürftigkeit und summarische Natur der Vorbereitungsvorlagen und nicht am wenigsten die gewöhnlich vorhandene Sachunkenntnis betreffs des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft als herabmindernde Umstände anzusetzen sind»⁹⁷.

Selbstverständlich ist die Forderung, daß der Aktionär sich mit dem Inhalt der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen auch wirklich vertraut mache. Dagegen kann der Ansicht, daß eine Pflicht des Aktionärs, weitere Aufschlüsse zu begehren, bestehe, nicht beigegeben werden⁹⁸. Der Aktionär ist nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, Aufklärung zu verlangen; die Verwaltung dagegen ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Orientierung der GV eine möglichst lückenlose ist, m.a.W. den Aktionären alle für eine sachlich gerechtfertigte EntschlieÙung notwendigen Unterlagen zu geben. Sie hat sich deshalb damit abzufinden, daß sich die Décharge nur so weit erstreckt, als sie ihre Pflicht erfüllt hat.

⁹⁵ Picenoni a.a.O. 63.

⁹⁶ Bachmann, G.: Der Entlastungsbeschluß der Generalversammlung der Aktiengesellschaft für die Geschäftsführung der Verwaltung und die Rechnungsprüfung der Kontrollstelle, Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915. 698.

⁹⁷ BGE 65 II 14.

⁹⁸ Ebenso BGE 34 II 502, Neidhardt 83/4 und Grünpeter 48; a.M. Bachmann a.a.O. 698.

Bei der Frage, welche Tatsachen im einzelnen mitgeteilt werden müssen, ist im übrigen ganz auf den konkreten Fall abzustellen. Die *Richtlinie für die Umfangsbestimmung der Auskunftserteilung über die Tätigkeit der Verwaltung* kann etwa dahin umschrieben werden, daß alle Tatsachen und Vorgänge, die auf den Entschluß des Aktionärs und damit auf den Entlastungsbeschluß der GV von wesentlichem Einfluß sein können, bekanntgegeben werden müssen. Es ist somit Aufschluß zu geben über Tatbestände wie eingetretene bedeutende Verluste, begangene Fehler, speziell die Verletzung gesetzlicher und statutarischer Vorschriften, eventuell auch in Aussicht stehende Verluste, sowie überhaupt über Vorfälle von erheblicher Bedeutung, die zu Beanstandungen Anlaß geben könnten. Dabei muß in erster Linie die Tätigkeit des Verwaltungsorgans als Ganzes klargelegt werden. Soweit durch die Haltung eines einzelnen Mitglieds der Verwaltung bestimmte, für den Entlastungsbeschluß bedeutsame Wirkungen eingetreten sind, muß auch über diese Tatsache Auskunft erteilt werden⁹⁹. Dagegen sind Einzelheiten oder untergeordnete leichte Verfehlungen grundsätzlich nicht zu erwähnen; sie dürfen aber auf eine diesbezügliche Anfrage hin nicht einfach in Abrede gestellt, sondern es muß bei Tangierung der Interessen der Gesellschaft die Auskunftserteilung verweigert werden.

Im Gegensatz zur Entlastung der Verwaltung ist die *Entlastung der Kontrollstelle*¹⁰⁰ vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, was aber natürlich nicht hindern kann, auch die Revisoren zu entlasten. Die Abnahme der Jahresrechnung entsprechend dem sie begleitenden Bericht der Kontrollstelle bedeutet daher implicite auch die Entlastung der Revisoren¹⁰¹. Allerdings sind die Voraussetzungen einer Ersatzforderung gegenüber den Revisoren etwas kompliziertere als jene gegenüber der Verwaltung, doch ist die Entstehung einer solchen sehr wohl möglich. Dabei wird es sich regelmäßig um einen durch die Verwaltung herbeigeführten Vermögensschaden handeln, der durch die Kontrollstelle nicht aufgedeckt oder nicht angezeigt wurde, und der infolge dieser Pflichtvergessenheit der Revisoren bis zu seiner nachträglichen Aufdeckung eine schwerwiegende und zu vermeidende Vergrößerung erfahren hat oder in einem früheren Zeit-

⁹⁹ Vgl. auch Lehner 107.

¹⁰⁰ Dazu im einzelnen Wehrli: Die Entlastung der Kontrollstelle einer AG, SJZ 40 (1944) 310 ff.

¹⁰¹ Bachmann, N 4 zu Art. 655 aOR und N 4 zu Art. 659 aOR. Im Gegensatz dazu bewirkt aber die Abnahme des Geschäftsberichtes noch keine Entlastung der Verwaltung, vgl. ZR 44, 105.

punkte überhaupt hätte abgewendet werden können. Diese beiden Tatbestände — ungenügende Durchführung der ihnen obliegenden Aufgaben oder Erstellung eines falschen Berichtes — werden die häufigsten Fälle sein, in denen eine Verantwortlichkeit der Revisoren entstehen kann.

In bezug auf die Entlastung der Kontrollstelle spielt nun aber das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung eine umso bedeutsamere Rolle, als dem Aktionär über die Tätigkeit der Revisoren viel weniger Unterlagen zur Verfügung stehen als über diejenige der Verwaltung. Die Qualität ihrer Arbeit findet nirgends ihren zahlenmäßigen Niederschlag und ist lediglich in einem kurzen Bericht zusammengefaßt, der in der Regel nicht einmal erwähnt, in welcher Richtung die Kontrolle stattfand. Umsomehr wird der Aktionär gegebenenfalls Anlaß haben, mit seinem Recht auf Auskunftserteilung eine *spezifizierte Darstellung der Tätigkeit der Kontrollstelle* zu verlangen. Die Rechenschaftsablegung im Hinblick auf die Entlastung der Kontrollstelle ist daher nicht im schriftlichen Revisionsbericht erschöpft; zu ihr gehören vielmehr auch allfällige mündliche Ergänzungen und Erläuterungen in der GV und «nur was der GV insgesamt kundgetan wird . . . , macht den Revisionsbericht aus»¹⁰². In bezug auf die bekanntzugebenden Tatsachen gelten dabei die gleichen Grundsätze wie bei der Entlastung der Verwaltung.

Abgesehen von speziell auf die Frage der Entlastung von Verwaltung und Kontrollstelle abzielenden Aufschlußbegehren können die Aktionäre auch *Aufschlüsse über die Tätigkeit der Gesellschaft im weitesten Sinne* verlangen. Darunter wären allgemeine Angaben über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens, über Produktion, Kosten, Preispolitik, Verkaufstätigkeit, Umsätze, wichtigere Neuerwerbungen, Aufnahme neuer Geschäftszweige, Rohstofflager, Versorgungsprobleme, Veränderungen in den Absatzgebieten, Auftragsbestand, Beschäftigungsgrad, Entwicklung des Auslandsgeschäftes (Import- und Exportprobleme), Abschluß oder Außerkrafttreten wichtiger Verträge, wesentliche Aenderungen im Personalbestand, Maßnahmen zur Steuerung der Arbeitslosigkeit usw. zu verstehen¹⁰³. Dabei kann es sich aber immer nur um allgemeine Aufschlüsse handeln; Einzelheiten hinsichtlich dieser Tat-

¹⁰² Bachmann a.a.O. 701.

¹⁰³ Leitz, 217, und Grünpeter, 40, bezeichnen das Recht auf Auskunftserteilung in diesem allgemeinen Umfang als das «wirtschaftsbetriebliche Fragerecht». Der Ausdruck ist jedoch etwas unglücklich gewählt und entbehrt der Anschaulichkeit.

bestände müssen und können grundsätzlich ohne Schädigung der Gesellschaftsinteressen nicht bekanntgegeben werden. Schließlich gehören zur Auskunftserteilung über die allgemeine Tätigkeit der Gesellschaft selbstverständlich auch die entsprechenden *Angaben über die Zweigniederlassungen* (Filialen) der AG und deren Geschäftsgang¹⁰⁴.

Ein Tatbestand, der eigentlich noch mit der Gründung zusammenhängt, dessen Wirkungen aber erst später erkenntlich sind, sei hier noch besonders erwähnt, nämlich derjenige der *verschleierte Sachgründung*¹⁰⁵. Diese liegt in allen jenen Fällen vor, wo nach Statuten und Handelsregistereintrag eine reine Bargründung vorliegt, in Tat und Wahrheit aber trotzdem Sacheinlagen gemacht oder Vermögenswerte übernommen wurden. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn die Gründer unter sich gewisse Sacheinlagen oder Sachübernahmen verabreden, diese Abmachungen jedoch nicht bekanntgeben. Eine verschleierte Sachgründung liegt ferner im Fall der sog. Nachgründung vor. Nachgründungsverträge sind Sacheinlage- oder Sachübernahmeverträge, die erst nach der Eintragung ins Handelsregister abgeschlossen werden. Die Forderung aus dem betreffenden Kaufvertrag wird mit der Forderung der Gesellschaft aus der Bareinlageverpflichtung verrechnet und damit die Gesetzesbestimmungen über die qualifizierte Gründung umgangen¹⁰⁶. Diese Umgehungsmöglichkeit wird — abgesehen vom Vorliegen unlauterer Absichten — vor allem aus der Scheu vor Gewährung eines Einblickes in die finanziellen Grundlagen der Gesellschaft und wegen der Umständlichkeit des Verfahrens benutzt. Werden daher im ersten Geschäftsjahr der neuen AG größere Erwerbungen getätigt, die recht eigentlich die Grundlage des Geschäftsbetriebes bilden¹⁰⁷, so ist Mißtrauen recht wohl am Platz. Werden von einzelnen Aktionären, die an einem sauberen Geschäftsgebaren interessiert sind, Aufschlußbegehren über solche Transaktionen, die unmittelbar nach der Eintragung ins Handelsregister durchgeführt wurden, gestellt, so ist ihnen unter allen Umständen in erschöpfender Weise stattzugeben.

¹⁰⁴ Vgl. dazu näheres hinten 259.

¹⁰⁵ Vgl. Schultheß, Robert: Die verschleierte Apportgründung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1934 und Wieland, Alfred: Die verschleierte Apportgründung in Theorie und Praxis des schweizerischen Aktienrechtes, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 28, Basel 1949.

¹⁰⁶ Sanktioniert durch BGE 58 II 151 ff., insbes. Erw. 5; dagegen Praxisänderung in BGE 59 II 434 ff., insbes. Erw. II, 2 und BGE 64 II 272 ff., Erw. II.

¹⁰⁷ Ueber den Hergang im einzelnen und die äußeren Erkennungsmerkmale vgl. Schultheß a.a.O. 24 ff. Vgl. auch die wesentlich schärferen Vorschriften von § 207 HGB, der das Zustandekommen solcher Verträge in den ersten zwei Jahren nach der Gründung von einem qualifizierten GV-Beschluß abhängig macht,

Die Auskunftserteilung unter ordentlichen Verhältnissen wird sich vor allem auf Tatsachen des abgeschlossenen Geschäftsjahres beziehen, deren Grundlagen zumeist in den von Art. 696 vorgeschriebenen schriftlichen Ausweisen und Berichten niedergelegt sind. Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung ist aber nicht allein auf das abgeschlossene Geschäftsjahr beschränkt, sondern erstreckt sich grundsätzlich auch auf frühere Jahre und auf die Zukunft der Gesellschaft. Der *Auskunftserteilung über frühere Geschäftsjahre* sind allerdings enge Grenzen zu ziehen, um nicht dem Mißbrauch Tür und Tor zu öffnen. Die Möglichkeit von Aufschlußverlangen über Gegenstände, welche nicht direkt mit dem verflassenen Geschäftsjahr zusammenhängen, muß deshalb insofern beschränkt werden, als es sich dabei um Angelegenheiten handeln muß, die sich noch auf die zur Beschlußfassung stehende Jahresrechnung oder Geschäftsführungsperiode auswirken. Die Notwendigkeit näherer Aufschlüsse kann ferner bestehen bei Tatsachen, die in früheren schriftlichen oder mündlichen Mitteilungen der Gesellschaftsorgane nicht erwähnt wurden und die dem Aktionär erst später bekannt werden, sofern im Zeitpunkt der Geltendmachung des Aufschlußrechts noch ein schutzwürdiges Interesse an näherer Aufklärung besteht¹⁰⁸. Ist diese Voraussetzung gegeben, so kann dem Aktionär nicht verwehrt werden, in der nächsten, nach Erlangung der Kenntnisse stattfindenden GV Aufschluß auch über solche mehr oder weniger weit zurückliegende Angelegenheiten zu verlangen. Die Auskunftserteilung über frühere Geschäftsjahre wird sich somit auf ganz besonders gelagerte Ausnahmefälle beschränken müssen.

Bis zu einem gewissen Grade kann der Aktionär auch *Aufschlüsse über das neue Geschäftsjahr* verlangen. Die Verwaltung hat daher auch über Gegenstände von erheblicher Bedeutung, welche die Zukunft der Gesellschaft betreffen, nähere Auskunft zu erteilen. Eine Aufschlußpflicht besteht hier insbesondere für solche zukünftige Maßnahmen, die der Genehmigung durch die GV bedürfen. Grundlage für solche Aufschlußbegehren bilden also neben entsprechenden ausdrücklichen Statutenbestimmungen diejenigen Traktanden der GV, die sich auf zukünftige Geschäftsführungsakte beziehen, deren Anordnung und Durchführung den Kompetenzenbereich der Verwaltung überschreiten würde, wie z.B. grö-

und § 45 DAG, der überdies noch eine Untersuchung durch die Gründungsprüfer verlangt.

¹⁰⁸ Vgl. dazu den Entscheid in ZR 17, 143 ff., wo eine Einsicht in sämtliche Geschäftsbücher der letzten zehn Jahre aus ähnlichen Gründen verweigert wurde.

Bere anzufordernde Kredite, der vorgesehene Abschluß von grundlegenden Verträgen, die Aufnahme neuer Geschäftszweige usw. Ferner hat die Verwaltung ganz allgemein über die Absichten und Pläne der Gesellschaft Aufschluß zu geben, sofern deren Kenntnis zur Beurteilung der Vermögenslage oder der Zweckmäßigkeit der bisherigen Geschäftsführung erheblich ist. Auf Einzelheiten ist dabei selbstverständlich nicht einzugehen, da durch die Auskunftserteilung auf keinen Fall Geschäfte im Vorbereitungsstadium, schwebende Vertragsverhandlungen, neue Fabrikationsverfahren u.a.m. gefährdet werden dürfen¹⁰⁹.

b) Die Auskunftserteilung unter außerordentlichen Verhältnissen

Unter den Tatbestand der außerordentlichen Verhältnisse sollen im folgenden alle jene Fälle subsumiert werden, die der GV nicht regelmäßig zur Beschlußfassung unterbreitet werden. Der Begriff der außerordentlichen Verhältnisse entspricht also vor allem einem nach irgendeiner Richtung als außerordentlich zu betrachtenden Beschlußfassungstatbestand. Dabei wird es sich in der Mehrzahl der Fälle um Gegenstände handeln, die eine Statutenänderung notwendig machen. Darüber hinaus bestehen aber Tatbestände, die auch ohne Statutenänderung als außerordentlich qualifiziert werden müssen. Der Begriff der außerordentlichen Verhältnisse darf jedoch auf keinen Fall überspannt werden, da mit dem Vorliegen solcher Tatbestände *eine gegenüber normalen Verhältnissen erweiterte Auskunftserteilung* verbunden sein muß und durch eine übertriebene Ausdehnung dieses Begriffs zweifellos der primäre Grundsatz des Schutzes der Gesellschaftsinteressen in Frage gestellt würde. Schlechte Geschäftsergebnisse, wie sie auch bei soliden Gesellschaften in Krisenzeiten fast unvermeidlich sind, haben daher als solche — sofern sie nicht einen außerordentlichen Umfang erreichen oder zur Regel werden — noch keinen außerordentlichen Charakter¹¹⁰.

¹⁰⁹ Vgl. dazu auch ZR 42, 295/96 aus dem Recht dem GmbH. Das Obergericht lehnte in jenem Falle ein Kontrollrecht des nicht geschäftsführenden Gesellschafters über Einzelheiten von erst geplanten und in Vorbereitung befindlichen Geschäften ab. Dagegen ein praktischer Fall einer grundsätzlichen Auskunftserteilung über die Aufnahme neuer Geschäftszweige in NZZ, Nr. 2509 vom 15. Dezember 1947.

¹¹⁰ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 184 und Peyer 65.

aa) Der Grundsatz

Liegen außerordentliche Verhältnisse vor, so ist selbstverständlich das Bedürfnis der Aktionäre nach Auskunftserteilung wesentlich größer als unter normalen Verhältnissen, und dementsprechend geht auch die Pflicht zur Auskunftserteilung wesentlich weiter. Es genügt, an den durch außerordentliche Verhältnisse aufgeworfenen Komplex von Verantwortlichkeitsfragen zu erinnern, um diese Forderung begreiflich zu machen. Im folgenden soll versucht werden, vor der Behandlung einzelner ausgewählter Beispiele den Umfang dieser erweiterten Aufschlußpflicht grundsätzlich zu umschreiben.

Außerordentliche Traktanden können einmal in die Tagesordnung der *ordentlichen GV* aufgenommen werden, womit ihnen der außerordentliche Charakter jedenfalls nicht abgeht. Als Regelfall wird jedoch unter außerordentlichen Verhältnissen auch eine a.o. GV einzuberufen sein. Dies wird umsomehr notwendig sein, wenn diese Verhältnisse während des Geschäftsjahres entstanden sind und eine Stellungnahme der Gesamktionärschaft unverzüglich angezeigt erscheint. Handelt es sich dagegen um außerordentliche Traktanden, die von langer Hand vorbereitet wurden und denen deshalb das Ueberraschungsmoment abgeht, so kann mit ihrer Behandlung ohne weiteres bis zur Abhaltung der ordentlichen GV zugewartet werden.

Im Falle der *Einberufung einer a.o. GV* hängt die Auskunftserteilung vorerst einmal notwendigerweise mit den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über die Einberufungspflicht zusammen. Eine a.o. GV ist — neben den gesetzlich oder statutarisch ausdrücklich vorgesehenen Fällen — «je nach Bedürfnis» einzuberufen (Art. 699 II zweiter Halbsatz). Dieses Bedürfnis umschreiben zu wollen, ist eine müßige Aufgabe, da dieser Begriff völlig von den statutarischen Vorschriften und darüber hinaus von den inneren und äußeren Verhältnissen der einzelnen Gesellschaft abhängt. Es wird sich dabei regelmäßig um Maßnahmen handeln, die den Bestand der Gesellschaft bedrohen. Auf keinen Fall sollten aber die Voraussetzungen zur Einberufung einer a.o. GV zu weit ausgedehnt werden, da damit — abgesehen von den mit einer Einberufung verbundenen Kosten — die wirtschaftlich notwendige Entscheidungsmacht der Verwaltung zum Schaden der Gesellschaft eingeengt würde. Die Geschäftsführung darf nicht zu sehr mit dem schwerfälligen Mechanismus der GV belastet werden. Die beste Lösung wird auch hier eine elastische sein, indem der Verwaltung durch die Statuten die Entscheidung zugewiesen wird, ob eine a.o. GV einzuberufen sei, ob die betreffende Maßnahme auf

die Tagesordnung der ordentlichen GV zu setzen sei oder ob die Verwaltung unter ihrer Organverantwortlichkeit selbst die notwendigen Maßnahmen zu treffen habe.

In jedem Falle hat aber die Verwaltung über diese außerordentlichen Maßnahmen umfassenden Aufschluß zu erteilen. Sie ist daher verpflichtet, *über die Ursachen und Gründe, die die Einberufung der a.o. GV bzw. die Aufnahme des außerordentlichen Traktandums in die Tagesordnung der ordentlichen GV oder die Durchführung der Maßnahmen überhaupt nötig gemacht haben, erschöpfend Aufschluß zu geben.*

Als Beispiele von außerordentlichen Tatbeständen und Maßnahmen könnten selbstverständlich wieder unzählige Fälle angeführt werden. Eine solche Ueberfülle von Beispielen würde aber die Uebersicht und das Verständnis nur erschweren. Es muß daher genügen, wenn sich die folgenden Ausführungen auf die wichtigsten, vom Gesetz besonders hervorgehobenen Tatbestände und auf interessante praktische Fälle aus der letzten Zeit beschränken.

bb) Außerordentliche Tatbestände im Zusammenhang mit einer Statutenänderung

Für den Fall einer *Statutenänderung im allgemeinen* verlangt das Gesetz die Auflage des Wortlautes dieser Aenderung zur Einsicht der Aktienäre am Hauptsitz der Gesellschaft und bei den Zweigniederlassungen; überdies ist in der Einberufung auf diese Auflage hinzuweisen (Art. 700 I). Schon aus diesen Vorschriften des Gesetzgebers kann auf die Wichtigkeit dieses Tatbestandes und damit auf die Notwendigkeit einer gesteigerten Auskunftserteilung geschlossen werden. Handelt es sich bei der vorzunehmenden Statutenänderung um eine *allgemeine Statutenrevision*, so wird es nötig sein, alle einzelnen Revisionspunkte und insbesondere jene, welche zu Widerstand seitens der Aktionäre Anlaß geben könnten, erschöpfend zu erläutern und vor allem zu begründen¹¹¹. Da die AG regelmäßig einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, muß sie sich den ständig wechselnden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen können, was *Aenderungen von einzelnen Statutenbestimmungen* auch sonst oft not-

¹¹¹ Solche allgemeine Statutenrevisionen fanden z.B. in jüngster Zeit im Zusammenhang mit der Anpassung der Statuten an das revidierte OR sehr häufig statt. Vgl. zwei praktische Fälle von allgemeinen Statutenrevisionen mit den notwendigen Erläuterungen in NZZ, Nr. 280 vom 13. Februar 1947 und Nr. 356 vom 24. Februar 1947.

wendig macht, so etwa im Zusammenhang mit der Einführung von Stimmrechtsaktien, Erweiterung oder Verengung des Geschäftsbereiches, Ausgabe von Genußscheinen¹¹², Neuorganisation von Verwaltung und Kontrollstelle, Beantragung der Vinkulierung von Namenaktien oder der Volleinzahlung¹¹³ auf Namenaktien usw. In allen diesen und anderen Fällen¹¹⁴ ist seitens der Verwaltung eine eingehende Rechtfertigung der beantragten Statutenänderung zu geben und insbesondere weiteren berechtigten Aufschlußbegehren von Aktionären im Interesse der Sache selbst loyal nachzukommen.

Eine besonders wichtige Statutenänderung liegt im Falle einer *Kapitalerhöhung*¹¹⁵ vor (Art. 650 ff.), die durch Ausgabe neuer Aktien oder Vorzugsaktien oder durch Erhöhung des Nennwertes der bestehenden Aktien¹¹⁶ durchgeführt werden kann. Eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien steht subsidiär unter den für die Gründung der AG geltenden Vorschriften (Art. 650 I), und es kommen daher — insbesondere für Sacheinlagen und -übernahmen sowie für die Gewährung besonderer Vorteile — die Grundsätze zur Anwendung, die für den Umfang der Auskunftserteilung anlässlich der Gründung der AG aufgestellt wurden. Regelmäßiger Zweck der Kapitalerhöhung ist die *Beschaffung neuer Betriebsmittel*, und dieser Zweck ist deshalb gegenüber den Aktionären vor allem darzulegen und zu begründen. Kapitalerhöhungsbeschlüsse, die nicht als Maßnahme zur finanziellen Kräftigung der Gesellschaft oder zur Befriedigung eines vorhandenen oder demnächst in Aussicht stehenden Kapitalbedürfnisses angestrebt, sondern zur rücksichtslosen Verfolgung eigennütziger Interessen der Mehrheit und zur weitgehenden Zurückdrängung und Entwertung der Minderheitsrechte durchgesetzt werden, können keinen rechtlichen Bestand haben¹¹⁷. Dagegen erlaubt

¹¹² «Jeder Aktionär kann sich dagegen wehren, daß aus absolut unsachlichen Gründen Genußscheine vergeben werden» (Siegwart, N 13 zu Art. 657/58).

¹¹³ Sofern die Kompetenz zur Anordnung der Volleinzahlung nicht der Verwaltung zusteht wie im Fall der Ciba Aktiengesellschaft Basel. Die Verwaltung gab in richtiger Erkenntnis der Sachlage trotz eigener Kompetenz schon in der ordentlichen GV vom April 1946 einläßlich begründete Erklärungen über eine etwaige Volleinzahlung ab, da sich Gerüchte bildeten, die die Kursentwicklung beeinflussten (vgl. NZZ, Nr. 666 vom 16. April 1946 und Nr. 185 vom 29. Januar 1947).

¹¹⁴ Für weitere Beispiele vgl. auch Siegwart, N 14 ff. zu Art. 647.

¹¹⁵ Vgl. dazu allgemein Scherrer, Festgabe der Basler Juristenfakultät, 1942, 37 ff.; A. Wieland, ZSR 57 NF (1938) 1 ff.; SAG 14 (1941/42) 220 ff. und 15 (1942/43) 220 ff.; SAG 16 (1943/44) 95 ff.; Siegwart, N 1 ff. zu Art. 650; F. v. Steiger 275 ff.

¹¹⁶ Vgl. BGE 67 I 111 ff.

¹¹⁷ RGZ 122, 159 ff. insbes. 166 und 133, 149 ff., insbes. 159 ff.

die bloße Unzweckmäßigkeit der Art der Erhöhung im konkreten Fall nicht deren Anfechtung¹¹⁸.

Auf jeden Fall muß aber der Grund der beantragten Kapitalerhöhung so weit erläutert und deren Notwendigkeit so weit dargelegt werden, als es die Interessen der Gesellschaft zulassen, damit jede Möglichkeit eines Mißbrauchs der neu aufzubringenden Mittel ausgeschaltet wird¹¹⁹. Die Aufschlußpflicht besteht selbstverständlich nicht nur in jenen Fällen, in welchen allein die GV zur Beschlußfassung über die Kapitalerhöhung kompetent ist, sondern ebenso sehr im Falle des sog. «autorisierten Kapitals»¹²⁰, wo die Kompetenz zur Kapitalerhöhung bis zu einem bestimmten Betrag durch die Statuten der Verwaltung zugewiesen ist. Bei der Aufklärung gegenüber den Aktionären wird regelmäßig nicht auf Einzelheiten eingegangen werden dürfen, insbesondere dann nicht, wenn das neue Kapital zum Erwerb oder Betrieb neuer Verfahren usw. verwendet werden soll. Mißbrauchlichen Aktionären kann mit maßgeblichen Gutachten entgegengetreten werden. In der Regel wird die Beantragung einer Kapitalerhöhung jedoch besonders dann keine Gegenanträge und eingehende Aufschlußbegehren veranlassen, wenn sie sich auf einen gutgehenden Geschäftsbetrieb stützt.

Eine besondere Regelung durch das Gesetz erfährt auch ein weiterer wichtiger Tatbestand, der eine Statutenänderung¹²¹ nach sich zieht: die *Herabsetzung des Grundkapitals* (Art. 732 ff.)¹²². Ein Herabsetzungsbeschluß darf nur gefaßt werden, wenn durch einen *besonderen Revisionsbericht* festgestellt wurde, daß

¹¹⁸ BGE 26 II 435/36; Siegwart, N 1 zu Art. 650.

¹¹⁹ Vgl. dazu drei neuere Fälle von Kapitalerhöhungen mit ausführlichen Erläuterungen in NZZ, Nr. 1513 vom 27. August 1916 (Swissair); NZZ, Nr. 2401 vom 3. Dezember 1947 (Zürcher Ziegeleien; Verwendung von offenen, aus Landverkäufen herrührenden Reserven mit Ausgabe von Gratisaktien) und NZZ, Nr. 1200 vom 31. Mai 1952 (Schweiz. Rückversicherungsgesellschaft; Kapitalerhöhung unter Ausschluß des Bezugsrechtes der bisherigen Aktionäre). In der Nachkriegszeit sind Kapitalerhöhungen in der schweizerischen Industrie zum Ausbau des Produktionsapparates (Nachholbedarf infolge der Stagnation während des zweiten Weltkrieges; gewaltiges Ansteigen der Baukosten usw.) recht häufig gewesen; vgl. dazu NZZ, Nr. 1053 vom 1. Juni 1947.

¹²⁰ Vgl. Protokoll 199 ff.; Botschaft 26; Siegwart, N 26 ff. zu Art. 650.

¹²¹ Eine Statutenänderung ist nicht notwendig, wenn die Kapitalherabsetzung durch eine gleichzeitige Kapitalerhöhung ausgeglichen wird (Art. 732 I); selbstverständlich muß aber auch die Durchführung dieser Manipulation einflächlich begründet werden.

¹²² Vgl. dazu, insbes. für Arten und Durchführung der Herabsetzung, Müller, Emil: Kapitalherabsetzung bei der Aktiengesellschaft, Bern 1938; Mosimann, Bernhard: Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft und ihr Einfluß auf die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, Diss. Bern 1938:

die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Grundkapitals voll gedeckt sind. Dieser Bericht, der von einem durch den Bundesrat zu diesem Zwecke anerkannten Revisionsverband oder einer Treuhandgesellschaft zu erstatten ist¹²³, bedeutet keine Ueberprüfung der Jahresrechnung, sondern ist ein Gutachten über die Wirkungen der Kapitalherabsetzung; die Prüfung muß sich daher vor allem auf eine materielle Untersuchung des inneren Wertes sämtlicher Aktivposten erstrecken. Im Herabsetzungsbeschluß ist das Ergebnis des Revisionsberichtes festzustellen und anzugeben, in welcher Art und Weise die Kapitalherabsetzung durchgeführt werden soll (Art. 732 III).

Die Aktionäre haben sich aber nicht mit diesen Angaben zu begnügen, sondern haben ein Anrecht darauf, vor der Beschlußfassung so weit orientiert zu werden, daß sie sich über die Notwendigkeit der Herabsetzung und ihr Ausmaß ein möglichst genaues Bild machen können. Die Verwaltung hat daher zu erläutern — und insbesondere diesbezüglichen Begehren um Auskunftserteilung stattzugeben —, *inwieweit die Verhältnisse der Gesellschaft die Kapitalherabsetzung erforderlich erscheinen lassen*. Dabei sind die Gründe der Kapitalherabsetzung erschöpfend zu erörtern und etwa anzugeben, ob die Maßnahme als Folge einer Unterbilanz, ob sie als Folge von überflüssigem Kapital der Gesellschaft¹²⁴, wegen Mangel an Reserven oder zu großem Bestand an eigenen Aktien usw. durchgeführt werden soll. Zudem ist Aufschluß zu geben, zu Lasten welcher Aktivposten die Herabsetzung vorgenommen wird und im Falle von Rückzahlungen, aus welchen Quellen diese Rückzahlungen gespiesen werden. Die *Revisionsstelle* muß an der GV vertreten sein (Art. 732 II); es können daher auch an sie seitens der Aktionäre weitere Aufschlußbegehren gestellt werden¹²⁵, wobei die aktienrechtliche Pflicht zur Auskunftserteilung gemäß Art. 697 für die Revisionsstelle allerdings nicht als Folge der Organfunktion, dagegen als inhärenter Bestandteil des ihr erteilten Auftrages besteht. Die Vertreter der Revisionsstelle haben

Zingg, Bernhard: Der Gläubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Zürich 1940; SAG 10 (1937/38) 192 ff.; ZSR 57 NF (1938) 1 ff. und 60 NF (1941) 1 ff.; F. v. Steiger 284 ff.

¹²³ Vgl. BB1 89 (1937) II 437/38 und die Aufstellung der anerkannten Revisionsstellen bei F. v. Steiger 286/87. Zum Erfordernis und Inhalt des Revisionsberichtes BGE 76 I 162 ff.

¹²⁴ Überflüssiges Kapital kann etwa durch die Aufgabe eines Geschäftszweiges entstehen und kann in diesen Fällen oft eine große Last für die Gesellschaft bedeuten, indem der ganze Reingewinn für Dividendenauszahlungen verwendet werden muß.

¹²⁵ Ebenso Müller a.a.O. 24 und Schucany, N 4 zu Art. 732.

gegebenenfalls ihren Bericht näher zu erläutern und insbesondere allfällige Veränderungen, die zwischen der Erstellung des Berichtes und der Beschlußfassung eingetreten sind, bekanntzugeben.

cc) Weitere außerordentliche Tatbestände

Eine Statutenänderung ist nicht unerläßliches Begriffsmerkmal für das Vorliegen eines außerordentlichen Tatbestandes im Sinne dieser Ausführungen. Ein solcher kann im Gegenteil auch dort angenommen werden, wo die Beschlußfassung über das betreffende Traktandum keine Statutenänderung zur Folge hat.

Der wichtigste Fall eines außerordentlichen Tatbestandes ohne Statutenänderung ist unzweifelhaft die *Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Ueberschuldung* (Art. 725)¹²⁶. Die Verwaltung ist verpflichtet, unverzüglich eine GV einzuberufen, wenn sich aus der letzten Jahresbilanz ergibt, daß die Hälfte des Grundkapitals der Gesellschaft nicht mehr gedeckt ist. Besteht begründete Besorgnis für eine Ueberschuldung, so ist auf Grund der Veräußerungswerte eine Zwischenbilanz zu errichten. Sofern diese ergibt, daß die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind, muß die Verwaltung den Richter benachrichtigen, welcher die Konkursöffnung auszusprechen hat. Falls Aussicht auf Sanierung besteht, kann der Richter auf Antrag der Verwaltung oder eines Gläubigers die Konkursöffnung unter Anordnung der für die Erhaltung des Vermögens geeigneten Maßnahmen aufschieben. Die Einberufung einer GV auf Grund von Art. 725 ist in der Regel das Vorspiel zu einer nachfolgenden Sanierung, denn der Zweck einer Sanierung liegt meistens gerade in der Beseitigung eines Verlustes, der im folgenden zu einer Ueberschuldung und einer Benachrichtigung des Richters hätte führen müssen.

Die Verwaltung hat aber nicht nur die GV einzuberufen und ihr bestimmte Anträge zur Beschlußfassung vorzulegen, sondern sie hat die Aktionäre vor allem gemäß ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes «*von der Sachlage zu unterrichten*» (Art. 725 I). Im Falle von Art. 725 besteht nun zweifellos die Notwendigkeit einer erweiterten Auskunftserteilung¹²⁷, deren Umfang sich wiederum nach dem Zweck der zu erteilenden Aufschlüsse bestimmt. Dieser Zweck geht dahin,

¹²⁶ Zu den Begriffen Verlustbilanz, Unterbilanz und Ueberschuldungsbilanz vgl. Trumpler 205/6 und Bürgi, N 5/6 zu Art. 662/63.

¹²⁷ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 184.

die Aktionäre über die Gründe, die die Einberufung der GV notwendig machten, d.h. über die Ursachen der Verluste und ihren Umfang umfassend zu orientieren. Die Verwaltung darf sich dabei nicht mit allgemeinen Angaben über die eingetretenen Verluste begnügen, sondern muß von sich aus oder zum mindesten auf Verlangen der Aktionäre die Verluste ziffernmäßig belegen, damit sich jeder einzelne Aktionär über das *Ausmaß der Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft* ein genaues Bild machen kann. Die Verwaltung hat ferner darzutun, inwieweit die Verluste aus offenen oder stillen Reserven gedeckt werden können, und sie hat insbesondere die Ursachen der eingetretenen Verluste bekanntzugeben und dementsprechend Rechenschaft abzulegen, ob diese in einer unzumutbaren Geschäftsführung, in Veruntreuungen seitens der Geschäftsführung oder leitender Angestellter, in unrationellen Fabrikationsmethoden, unvorsichtigen Kapitalanlagen oder in anderen und in welchen Umständen liegen.

Ein außerordentlicher Tatbestand mit erweiterter Aufschlußpflicht liegt auch vor, wenn die Verwaltung sich gezwungen sieht, *die von der GV bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten in ihren Funktionen einzustellen* (Art. 726 II). Da die Abberufung selbst nur durch das Wahlorgan verfügt werden kann (Art. 705), hat die Verwaltung unverzüglich eine GV einzuberufen. Diese Einberufung bezweckt, die Aktionäre über die Gründe, die die Verwaltung zu dieser vorsorglichen Maßnahme veranlaßt hatten, so eingehend zu unterrichten, daß die GV zu einem Urteil gelangen kann, ob eine Abberufung angezeigt erscheint oder nicht. Diese Rechtfertigung kann jedoch nicht nur in allgemeinen Hinweisen auf das Ungenügen der betreffenden Personen bestehen, sondern es sind dabei die Gründe im einzelnen anzuführen, wie etwa zeitliche Ueberbeanspruchung infolge anderer Pflichten, Gesundheitszustand, Charaktereigenschaften und insbesondere allfällig erfolgte Verstöße gegen gesetzliche, statutarische oder reglementarische Vorschriften, Meinungsverschiedenheiten mit anderen Organen, Veruntreuungen usw.

Im Zusammenhang mit Art. 725 und 726 kann sich unter Umständen auch die Frage nach der *Auskunftserteilung über stille Hilfen und Veruntreuungen* stellen¹²⁸. Sehr oft wird die Ueberschuldungsgefahr von einer AG durch sog. *stille Hilfen* seitens der Verwaltungsmit-

¹²⁸ Vgl. dazu DJZ 7 (1902) 379 ff., 520 ff.; DJZ 9 (1904) 34 ff.; Arnold 77 ff.; Marcuse 605/6; Zimmermann, Buchführung, 171 a ff.; Neidhardt 110/11; Lehner 107/8; Aepli 55/6; Dech 55/6.

glieder, von Großaktionären oder diesen nahestehenden Kreisen abgewendet und damit erst die Vorbedingungen für eine wirksame Sanierung geschaffen¹²⁹. Soweit die Kenntnis dieser freiwilligen Zuschüsse zur sachgemäßen Beurteilung der Vermögenslage notwendig ist, ist Aufschlußbegehren über ihren Umfang, die mit ihnen verbundenen Bedingungen usw. stattzugeben, da sonst die Gefahr bestehen würde, daß die Gesellschaft in einer der Wirklichkeit nicht entsprechenden Weise beurteilt wird. Es darf also auf keinen Fall die Möglichkeit einer schwerwiegenden Täuschung der Aktionäre bestehen. Wenn diese stillen Hilfen die Grundlage für Sanierungsvorschläge sind, die den Aktionären selbst noch erhebliche finanzielle Opfer zumuten, ist ihre Bekanntgabe auf jeden Fall unerläßlich. Dagegen kann nicht gefordert werden, daß jede stille Hilfe zur Ueberwindung momentaner Schwierigkeiten mitgeteilt werden muß, da damit unter Umständen der Kredit der Gesellschaft unnötigerweise gefährdet würde. Der gleiche Maßstab ist in bezug auf die *Bekanntgabe von Veruntreuungen* durch höhere Angestellte oder Verwaltungsmitglieder anzulegen. Sofern es sich dabei nur um kleinere Verfehlungen handelt, die zudem schon wieder gedeckt sind, kann eine nähere Aufklärung im Interesse der Gesellschaft kaum verlangt werden. Schwerwiegender ist der Fall, wenn es sich um größere Summen handelt, deren Fehlen die Gesellschaft in ernstliche Schwierigkeiten bringt, oder wenn die Veruntreuungen von Verwaltungsmitgliedern, deren Integrität unter allen Umständen außer jedem Zweifel stehen muß, begangen wurden. Ob und inwieweit in solchen Fällen eine Aufschlußpflicht besteht, kann nur nach der Sachlage im Einzelfall beurteilt werden.

Auf jeden Fall soll die *Auskunftserteilung über ungünstige Ereignisse* im allgemeinen den schon eingetretenen Schaden nicht noch unnötigerweise vergrößern¹³⁰. Immerhin muß man sich dabei vergegenwärtigen, daß diese Wirkung ihre Ursache nicht in der Veröffentlichung, sondern in der ursprünglichen Tat hat. Aufschlüsse über ungünstige Ereignisse brauchen deshalb dann nicht zu erfolgen, wenn sie für die Gesamtbeurteilung der Lage der Gesellschaft ohne Bedeutung sind und die Aktionäre trotz des Verschweigens dieser Tatsache ein eindeutiges Bild von der Geschäftslage er-

¹²⁹ Vgl. den Fall in NZZ, Nr. 367 vom 4. März 1946 (Aktiengesellschaft Leu & Co. Zürich), wo die Sanierungsvorschläge zur Ausbuchung transferbeschwerter Aktiven auf einer freiwilligen Kapitalleistung der Verwaltungsmitglieder beruhten.

¹³⁰ Ein «fiat justitia, pereat societas» kann in solchen Fällen den Tatsachen regelmäßig nicht gerecht werden; vgl. Zimmermann, Buchführung, 173 a.

halten, die Bekanntgabe der Gesellschaft aber einen beträchtlichen Schaden bereiten würde¹³¹. Insoweit kann der für das deutsche Recht maßgebenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Oktober 1905¹³², die eine Auskunftserteilung über Veruntreuungen von Verwaltungsmitgliedern unter allen Umständen, selbst wenn der Schaden gedeckt ist, verlangt, nicht zugestimmt werden. Auf keinen Fall darf aber das Vorliegen ungünstiger Ereignisse wahrheitswidrig in Abrede gestellt werden; die Auskunftserteilung ist in diesem Falle, soweit ihr schutzwürdige Gesellschaftsinteressen entgegenstehen, ausdrücklich zu verweigern.

Neben diesen, zum Teil vom Gesetz besonders hervorgehobenen Tatbeständen sind weitere außerordentliche Fälle, welche eine weitgehende Auskunftserteilung notwendig machen, sehr wohl möglich. Zu Begehren um nähere Aufschlüsse werden insbesondere jene außerordentlichen Fälle Anlaß geben, die von der Verwaltung der GV zur Genehmigung oder Beschlußfassung vorgelegt werden müssen, da sie den der Verwaltung durch statutarische oder eventuelle reglementarische Vorschriften zugewiesenen Kompetenzbereich überschreiten. Ein außerordentlicher Tatbestand liegt auch dann vor, wenn die Kontrollstelle die Abnahme der Bilanz nur mit Vorbehalten empfiehlt oder sogar deren Rückweisung an die Verwaltung beantragt. In diesem Zusammenhang wird vor allem die Aufschlußpflicht der Revisoren aktuell werden, indem diese ihre Anträge im einzelnen zu begründen haben. Ferner kann sich die Notwendigkeit von eingehenden Aufschlüssen im Zusammenhang mit einer außerordentlichen Dotierung von Reserveanlagen oder Wohlfahrtsfonds¹³³, mit der Aufnahme eines Anleiheens oder der vorzeitigen Rückzahlung eines schon bestehenden Obligationenanleiheens, mit dem Beitritt zu Arbeitgeberorganisationen usw. ergeben. Auch sog. «Bilanzbereinigungen»¹³⁴, z.B. zum Zwecke der Abschreibung von transferbeschwerten Aktiven oder von infolge der Kriegereignisse wertlos gewordenen ausländischen Investitionen und Beteiligungen, erfordern eine umfassende Auskunftserteilung, dies umsomehr, als dabei den Aktionären regelmäßig große finanzielle Opfer zugemutet werden müssen. In allen diesen Fällen ist über die Ursachen, die Art und Weise der Durchführung

¹³¹ In diesem Sinne auch Bericht II 79.

¹³² RGSt 38, 195 ff.

¹³³ Vgl. NZZ, Nr. 393 vom 1. März 1947 (Schweiz. Bankverein; außerordentliche Zuweisung aus Anlaß eines Jubiläums).

¹³⁴ Vgl. z.B. NZZ, Nr. 367 und 461 vom 4. und 18. März 1946, Nr. 463 vom 3. März 1952 (Aktiengesellschaft Leu & Co. Zürich).

und das Ausmaß der betreffenden außerordentlichen Maßnahmen erschöpfend Aufschluß zu geben, damit sich die Aktionäre im klaren sind, ob den entsprechenden Anträgen der Verwaltung zugestimmt werden kann oder nicht.

3. Die Auskunftserteilung bei Auflösung der AG

Die gesetzlichen Vorschriften über die Auflösung einer AG bezwecken vor allem den Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Direkte Schutzvorschriften zugunsten der Aktionäre sind in diesem Falle die Ausnahme, wenn auch die Gläubigerschutzvorschriften zum Teil ebenfalls einen indirekten Schutz der Aktionäre vor unsauberen Machenschaften der Verwaltung im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft bewirken. Jedenfalls erlangt das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung aus diesen Gründen im Zeitpunkt der Auflösung besondere Bedeutung, indem es den Aktionären die Möglichkeit verschafft, durch Aufschlußansprüche auch um den Schutz ihrer Interessen besorgt zu sein.

Neben den übrigen Auflösungsmöglichkeiten von Art. 736 kann eine AG insbesondere durch einen Beschluß der GV aufgelöst werden (Art. 736 Ziff. 2). Unter Vorbehalt der Fälle der Fusion, der Umwandlung in eine GmbH und der Uebernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts tritt die Gesellschaft als Folge des *Auflösungsbeschlusses*¹³⁵ in Liquidation (Art. 738). Es ist selbstverständlich, daß über einen Antrag auf Auflösung der AG nur nach ausführlicher Beratung abgestimmt werden soll. Im besonderen macht ein so weitreichender und wichtiger Beschluß eine vorgängige umfassende Auskunftserteilung notwendig¹³⁶. Die Aktionäre haben allerdings kein wohlerworbenes Recht auf Fortsetzung der Gesellschaft¹³⁷, aber die Notwendigkeit der Auflösung muß doch vorliegen und belegt werden, weil mit jeder Auflösung in der Regel wesentliche Werteinbußen verbunden sind. Die Aktionäre haben aber nicht nur ein Interesse an *Aufschlüssen über die Notwendigkeit der Auflösung* an und für sich, sondern auch an solchen über die *Durchführung der Auflösung*, da

¹³⁵ Zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen diesen Beschluß vgl. BGE 64 II 150 ff.

¹³⁶ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 184 und Peyer 65. Zu den besonderen Problemen der Schranken der Auskunftserteilung im Zeitpunkt der Auflösung vgl. hinten 175.

¹³⁷ Vgl. Weiß 531.

auch dabei die Gefahr einer Verletzung ihrer Interessen, vor allem infolge einer Verschleuderung von Vermögenswerten, besteht.

a) Liquidation (Art. 739 ff.)

Tritt eine AG in Liquidation, so behält sie die juristische Persönlichkeit und führt ihre bisherige Firma mit dem Zusatz «in Liquidation» weiter, bis die Auseinandersetzung mit Gläubigern und Aktionären durchgeführt ist (Art. 739 I). Die AG, welche «aufgelöst» ist, besteht also weiter; die Verschiedenheit der beiden Gesellschaften äußert sich einzig in ihrem Zweck. Die «AG in Liqu.» besteht nicht mehr, um die alten Geschäfte weiter zu betreiben und neue aufzunehmen, sondern einzig und allein mit dem Ziel, die Geschäftsbeziehungen zu lösen, die vorhandenen Vermögenswerte zu liquidieren, den sich ergebenden Ueberschuß unter die Aktionäre zu verteilen und so mit der Aufhebung der Vermögensunterlage der Gesellschaft diese selbst dem Ende zuzuführen¹³⁸. Die Liquidation wird durch die Verwaltung oder durch andere, von den Statuten oder durch GV-Beschluß bestellte Personen besorgt (Art. 740 I). Diese Liquidatoren haben bei Uebernahme ihres Amtes eine *Liquidationsbilanz* aufzustellen, in der die Aktiven nach ihrem Veräußerungswerte aufzunehmen sind, und im übrigen die vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen zur Befriedigung der Gläubiger und Abwicklung der laufenden Geschäfte vorzunehmen (Art. 742 ff.). Erstreckt sich die Durchführung der Liquidation auf mehrere Jahre so sind *jährliche Zwischenbilanzen* aufzustellen. Die Verteilung des Liquidationsüberschusses an die Aktionäre nach Maßgabe der Statuten oder der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 745 I) darf erst nach Tilgung der Schulden und nach Ablauf des Sperrjahres vorgenommen werden.

Die Befugnisse der Organe der Gesellschaft fallen mit dem Eintritt der Liquidation nicht dahin; sie werden aber auf die Handlungen beschränkt, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind und ihrer Natur nach nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können (Art. 739 II). So ist weiterhin die GV allein befugt, die Liquidationsbilanz, eventuelle jährliche Zwischenbilanzen und die Schlußabrechnung abzunehmen und die Liquidatoren zu entlasten. Auch der Kontrollstelle bleibt die Prüfungs- und Berichterstattungspflicht gemäß Art. 728/29 überbunden¹³⁹. In diesen während der Li-

¹³⁸ Bachmann, N 1 zu Art. 664 aOR.

¹³⁹ Vgl. Schucany, N 2 zu Art. 739. Bezüglich der Befugnisse der GV (mit Ausnahme der Gewinnverteilung) ausdrücklich § 299 II HGB und § 211 DAG.

liquidation einberufenen Generalversammlungen gelten somit die gleichen Grundsätze für den Umfang einer allfälligen weiteren Auskunftserteilung, wie sie vorher für die Zeit der Geschäftstätigkeit der AG entwickelt wurden. Das Interesse der Aktionäre an näheren Aufschlüssen wird sich dabei vor allem auf *Liquidationsprobleme* konzentrieren. So ist eine Verzögerung der Liquidation eingehend zu begründen, da eine rasche Beendigung das Ziel der Liquidatoren sein muß. Diese Gründe, wie etwa eine ungünstige Preis- und Marktlage für die Veräußerung der Vermögenswerte oder Schwierigkeiten bei der Abklärung von Gläubigeransprüchen, sind ausführlich darzutun. Ferner ist die GV über die Abwicklung der laufenden Rechtsgeschäfte, über den Stand von Prozessen und den Abschluß von Schiedsverträgen und Vergleichen zu unterrichten. Müssen neue Geschäfte eingegangen werden, so ist eine erschöpfende Aufklärung der Aktionäre über die Beweggründe dieser Maßnahmen, welche eigentlich dem Zweck einer Liquidation entgegenlaufen, unbedingt notwendig und insbesondere die Erforderlichkeit des Abschlusses neuer Verpflichtungen im Hinblick auf eine zweckmäßige Durchführung der Liquidation zu belegen. Weiter ist auch über die Zweckmäßigkeit des freihändigen Verkaufs von Aktiven ausführlich Aufschluß zu geben, da die GV von Gesetzes wegen befugt ist, diesen freihändigen Verkauf zu verbieten (Art. 743 IV).

Der Aktionär hat somit einen Anspruch auf *Aufklärung über alle Tatsachen, die geeignet sind, den ihm zustehenden Liquidationsanteil zu beeinflussen*¹⁴⁰, denn er hat ein wohlerworbenes Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis (Art. 646) in dem Sinne, daß dieses Recht ihm nicht schlechthin entzogen oder aus nicht zu rechtfertigenden Gründen geschmälert werden darf. Nur wenn Gewißheit besteht, daß in bezug auf die Verwertung der Aktiven der Gesellschaft das Möglichste versucht wurde, keine Verschleuderung von Vermögenswerten stattfand und über alle erheblichen Tatsachen der Liquidation erschöpfend Aufschluß gegeben wurde, kann den Liquidatoren Entlastung erteilt und damit die Liquidation abgeschlossen werden.

b) Fusion (Art. 748 ff.)

Eine Fusion von Aktiengesellschaften kann auf dem Wege der Annexion (Uebernahme einer AG durch eine andere, Art. 748)¹⁴¹

¹⁴⁰ Das frühere italienische Recht (art. 200 III C.com.it.) enthielt dafür eine noch allgemeinere ausdrückliche Formulierung.

¹⁴¹ Die Annexionsvorschriften finden auch im Falle der Uebernahme einer AG durch eine Kommandit-AG (Art. 750) Anwendung.

und der Kombination (Vereinigung mehrerer Aktiengesellschaften, Art. 749) durchgeführt werden. Auch in diesen Auflösungsfällen erlangt das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung große Bedeutung, da die Aktionäre mittels des ihnen zustehenden Offenlegungsanspruches jede Möglichkeit einer Unterbewertung von Aktiven der zu übernehmenden oder zu vereinigenden Gesellschaften zugunsten der übernehmenden oder der neu zu gründenden AG verhindern oder zum mindesten erschweren können. Im Falle der *Annexion* haben die Organe der übernehmenden Gesellschaft nach den allgemeinen Regeln über die aktienrechtliche Auskunftserteilung auf Grund eines Beschlußfassungstatbestandes (Art. 649 I) über einen zweifellos erheblichen Vertrag (Fusionsvertrag), die Organe der zu übernehmenden Gesellschaft nach den Auflösungsregeln Aufschluß zu erteilen. Im Falle der *Kombination* richtet sich der Umfang der Auskunftserteilung bei den zu vereinigenden Gesellschaften nach den Auflösungsregeln und bei der neu zu gründenden AG nach den für die Gründung aufgestellten Regeln über die Aufschlußerteilung.

Die Frage, ob die Fusion für die beteiligten Gesellschaften wirtschaftlich zweckmäßig ist, bildet die Grundlage des GV-Beschlusses über die Fusion. Zur Beurteilung dieser Zweckmäßigkeit ist vor allem die Frage nach der *Angemessenheit des Umtauschverhältnisses* bedeutsam. Die Beurteilung dieser Angemessenheit bietet aber dem einzelnen, der Verwaltung nicht nahestehenden Aktionär große Schwierigkeiten. Die Verwaltungen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften sind deshalb verpflichtet, ihren Aktionären die notwendigen Aufschlüsse zu geben, um sie in die Lage zu versetzen, die Angemessenheit der im Fusionsvertrag niedergelegten Umtauschbedingungen sachgemäß beurteilen zu können. Die Festsetzung des Umtauschverhältnisses steht den beteiligten Gesellschaften unter dem Vorbehalt frei, daß dadurch keine wohlerworbenen Rechte der Aktionäre verletzt werden dürfen. Es hat daher jeder Aktionär der untergehenden AG insbesondere ein Recht darauf, daß das Umtauschverhältnis so festgesetzt wird, daß sein Vermögensanteil an der übernehmenden oder neu zu gründenden AG nicht ungebührlich kleiner ist als der bisherige. Ferner ist selbstverständlich das Prinzip der Gleichbehandlung aller Aktionäre zu beachten, und es dürfen keine Vorzugsrechte übergangen werden¹⁴².

Auf jeden Fall haben die Aktionäre sowohl der übernehmenden

¹⁴² Vgl. Frehner, Roger Werner: Die aktienrechtliche Fusion nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1945, 65.

wie der aufzulösenden Gesellschaft — und im besonderen die Aktionäre der letzteren — ein eminentes Interesse an einer objektiven Festsetzung des Uebernahmepreises bzw. des Umtauschverhältnisses¹⁴³. Ausgangspunkt zu ihrer Bestimmung sind die Bilanzen der fusionierenden Gesellschaften: die Verwaltungen haben sich gegenseitig über die angewandten Bilanzgrundsätze Aufschluß zu geben. Dazu tritt als maßgebender Faktor der innere Wert der Aktien, der sich in der Regel nach dem den Ertrag berücksichtigenden Börsenkurs der Aktien, modifiziert durch die Höhe der stillen Reserven, bestimmt. Die Verwaltungen der fusionierenden Gesellschaften haben sich daher vor dem Fusionsbeschluß gegenseitig vollständigen Einblick in ihre Unternehmen zu geben oder durch eine neutrale Revisionsgesellschaft geben zu lassen. Ein Vorgehen, nach welchem das genaue Umtauschverhältnis wegen der Gefahr der Preisgabe von Gesellschaftsgeheimnissen vor gesichertem Abschluß der Fusion erst nach dem Fusionsbeschluß festgesetzt werden soll, ist unzulässig, weil das Ausmaß einer notwendig werdenden Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft bzw. die Bestimmung der Höhe des Grundkapitals bei der neu zu gründenden Gesellschaft genau bekannt sein und beschlossen werden muß und weil vor allem auch die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft wissen müssen, wie hoch ihre Beteiligungen bei der übernehmenden Gesellschaft sind¹⁴⁴. Den Aktionären der an der Fusion beteiligten und insbesondere den Aktionären der aufzulösenden AG sind deshalb *alle Aufschlüsse über die wesentlichen Bestandteile des Fusionsvertrages sowie vor allem über die Berechnungsgrundlagen des Umtauschverhältnisses bzw. des Uebernahmepreises* zu geben. Damit soll ihnen ein Kontrollmittel in die Hand gegeben werden, mit dessen Hilfe sie eine drohende Verletzung ihrer Interessen verhindern und im besonderen einer eventuellen Unterbewertung der Aktiven der untergehenden Gesellschaft zugunsten der übernehmenden oder neu zu gründenden AG entgegenzutreten können.

Wie sehr eine erschöpfende aktienrechtliche Auskunftserteilung über das Umtauschverhältnis und die ihm zugrundeliegenden Berechnungen und Bewertungen notwendig ist, zeigte sich besonders deutlich im jüngsten Fall einer *Bankenfusion* (*Schweizerische Bankgesellschaft / Eidgenössische Bank AG*)¹⁴⁵. Trotzdem in diesem

¹⁴³ Ebenso J. G. Egger 222 und F. v. Steiger 337.

¹⁴⁴ Vgl. Frehner a.a.O. 61. Zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses im einzelnen, derselbe 65 ff.

¹⁴⁵ Vom rechtlichen Standpunkt aus handelte es sich dabei nicht um eine reine Fusion, sondern um eine teilweise Geschäftsübernahme nach Art. 181 mit

Falle die Verwaltung der Eidg. Bank in der letzten ordentlichen GV durchaus beruhigende Zusicherungen in bezug auf die Lage der Bank gegeben hatte und deshalb höchstens eine neuerliche Sanierung zur Liquidierung der transferbeschwerten Aktiven erwartet werden konnte, ließ sie es an der notwendigen Aufklärung über die näheren Umstände und Berechnungsgrundlagen des Fusionsvertrages ganz und gar fehlen. In der a.o. GV der Eidg. Bank vom 4. September 1945 wurde in der Diskussion von Seiten der Aktionäre nachdrücklich darauf hingewiesen, daß die *Aufklärung über den Fusionsvertrag völlig ungenügend* sei. Zwischen diesem Antrag und den Aufschlüssen, die einige Monate zuvor an der ordentlichen GV vom 3. März 1945 durch den Verwaltungsrat gegeben worden seien, klappte ein Widerspruch, der zur Annahme zwinge, es seien den Aktionären entweder bis dahin bestehende Schwierigkeiten verheimlicht worden oder es würden nunmehr die Aktiven unter ihrem Wert verschleudert¹⁴⁶.

In der Tat schienen diese Befürchtungen der Aktionäre zum Teil berechtigt zu sein, da gegenüber einem Aktivüberschuß von rund 29 Millionen Franken in der letzten Bilanz im Uebernahmevertrag nur ein solcher von rund 18 Millionen Franken berücksichtigt war. Von der aus diesem Vergleich resultierenden Bewertungsdifferenz von rund 11 Millionen Franken waren allerdings noch Sonderleistungen der Schweiz. Bankgesellschaft im Betrage von 2,5 Millionen (Abfindungssumme an das nicht übernommene Personal und Einlage in die weiterbestehende Pensionskasse der Eidg. Bank) sowie ein der Eidg. Bank weiterhin zur Verfügung stehender Aktivbetrag von 1 Million Franken abzuziehen, sodaß sich letzten Endes eine Differenz von 7,5 Millionen Franken ergab. Selbst bei angemessener Berücksichtigung der unterschiedlichen Ertrags- und Reservenverhältnisse der beiden Gesellschaften und bei einer jedes Risiko ausschließenden Bewertung erschien diese Differenz von rund 7,5 Millionen Franken aber doch als sehr hoch und dementsprechend das Umtauschverhältnis von 10 : 3 (für 10 Aktien der Eidg. Bank wurden 3 Aktien der Schweiz. Bankgesellschaft ausgegeben) als schwer verständlich. Den in der letzten, der ordentlichen GV vorgelegten Bilanz unter Heranziehung stiller Reserven mit 21 Millionen Franken ausgewiesenen deutschen Ak-

Entgelt in Aktien der übernehmenden Gesellschaft (sog. «uneigentliche Fusion»; vgl. Frehner a.a.O. 91 ff. und F. v. Steiger 336). Der Fall wird aber zweckmäßig im Zusammenhang mit der Fusion — um eine solche handelte es sich auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus — behandelt. Für Einzelheiten vgl. die Berichtserstattung in der Tages- und Handelspresse, insbes. NZZ, Nr. 1153 vom 28. Juli 1945, Nr. 1339 vom 4. September 1945 und Nr. 1341 vom 5. September 1945.

¹⁴⁶ Vgl. NZZ, Nr. 1344 vom 5. September 1945.

tiven hatten einschließlich Gewinnvortrag immerhin rund 17,8 Millionen Franken offene Reserven gegenübergestanden, sodaß zur völligen Abschreibung der deutschen Aktiven nur noch 3,2 Millionen Franken zu Lasten des Aktienkapitals hätten beansprucht werden müssen. Demgegenüber kam aber das vorgeschlagene Umtauschverhältnis von 10 : 3 im Effekt einer Abschreibung des Aktienkapitals von 33 Millionen Franken auf rund 10 Millionen Franken gleich.

Trotzdem die Gründe, die die Verwaltung der Eidg. Bank zur Befürwortung der Fusion veranlaßten, aus ertrags- und banktechnischen Erwägungen sicherlich gerechtfertigt waren, hätte sie den Aktionären doch auf jeden Fall unter Wahrung schutzwürdiger Gesellschaftsinteressen erschöpfenden *Aufschluß über die Bewertung der Aktiven und die sich daraus ergebende Bewertungsdifferenz* erteilen sollen. Damit hätte sie dem in Anbetracht der Umstände verständlichen Mißtrauen der Aktionäre, die eine Unterbewertung der Aktiven zugunsten der übernehmenden Gesellschaft vermuteten, mit stichhaltigen Argumenten entgegentreten und sicherlich auch die darauffolgende Anfechtungsklage verhüten können¹⁴⁷.

c) U m w a n d l u n g (Art. 824/26) u n d V e r s t a a t l i c h u n g (Art. 751)

Aehnliche Ueberlegungen in bezug auf die notwendige aktienrechtliche Auskunftserteilung sind im Falle der *Umwandlung einer AG in eine GmbH* (Art. 824/26)¹⁴⁸ anzustellen. Die Notwendigkeit einer solchen Umwandlung kann sich vor allem aus der Anpassung an das vom revidierten OR neu umschriebene Mindestkapital (Art. 621) ergeben. Neben dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger (Art. 824 Ziff. 1, 826) hat der Gesetzgeber bei diesen besonderen Umwandlungs-

¹⁴⁷ Die bei dem in den Statuten der Eidg. Bank vorgesehenen Schiedsgericht angehobene Anfechtungsklage ist später durch Vergleich erledigt worden. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die aus ähnlichen Gründen erfolgte teilweise Geschäftsübernahme zwischen dem Schweizerischen Bankverein und der Basler Handelsbank (Uebernahme gemäß Art. 181 ohne Aktienumtausch), welche zu geringerer Kritik Anlaß gibt. Immerhin wurde auch in diesem Fall über eine Minderbewertung der Debitoren um 1 Million Franken die Auskunftserteilung seitens der Verwaltung ungerechtfertigt verweigert (vgl. NZZ., Nr. 1633 vom 30. Oktober 1945 und insbesondere Nr. 1634 vom 31. Oktober 1945). Zu einem weiteren Fall einer Auskunftserteilung über Fusionsverhandlungen vgl. NZZ., Nr. 1207 vom 8. Juli 1946 (Swissair).

¹⁴⁸ Vgl. dazu im einzelnen Jörg, Hans: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem bundesrätlichen Entwurf . . ., Diss. Zürich 1930; ZSR 59 NF (1940) 1 ff.; F. v. Steiger 348 ff.

vorschriften auch den Schutz der Aktionäre nicht außer acht gelassen. Die Aktionäre der aufzulösenden AG sind berechtigt, sich bis zum Nominalbetrag ihrer Aktien bei der neuen Gesellschaft zu beteiligen (Art. 824 Ziff. 2); die Umwandlung ist nur statthaft, wenn diese Beteiligungen zusammen mindestens zwei Dritteile des Grundkapitals der bisherigen Gesellschaft betragen. Den Aktionären ist deshalb *über die Opportunität der Umwandlung* erschöpfend Aufschluß zu erteilen, damit sie dem Umwandlungsbeschluß in sachgemäßer Erkenntnis zustimmen können. Die Notwendigkeit näherer Auskunftserteilung besteht aber vor allem gegenüber jenen Aktionären, die sich nicht oder nur mit einem Teil ihrer Aktien bei der neuen Gesellschaft beteiligen wollen. Diese Aktionäre können von der neuen Gesellschaft die Auszahlung ihres verhältnismäßigen Anteils am Vermögen der aufgelösten Gesellschaft verlangen (Art. 825 I). Der Anteil wird auf Grund einer *Umwandlungsbilanz* berechnet, die der Genehmigung der GV der Aktionäre mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals bedarf (Art. 825 II). Da der ausscheidende Aktionär in seinem wohlerworbenen Recht auf den Liquidationsanteil nicht durch Ausrichtung einer zu kleinen, dem wirklich vorhandenen Vermögen nicht entsprechenden Anteilsquote gekürzt werden darf, muß ihm erschöpfende *Aufklärung über die Bewertungsgrundlagen, die einzelnen Posten der Bilanz sowie insbesondere über Veränderungen der Vermögenslage zwischen der Aufstellung und dem Zeitpunkt der Abhaltung der GV* gegeben werden.

Im Falle der *Verstaatlichung einer AG* (Uebernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, Art. 751)¹⁴⁹ wird in der Regel keine Gefahr der Beeinträchtigung von Aktionärrechten bestehen. Immerhin bedarf die Vereinbarung, daß eine Liquidation der AG unterbleiben soll, der Zustimmung der GV, und es sind den Aktionären im Zusammenhang mit dieser Beschlußfassung die notwendigen Aufschlüsse über die näheren Umstände und Gründe der Verstaatlichung zu geben.

4. Die Auskunftserteilung über die stillen Reserven

Die Behandlung der Frage der Auskunftserteilung über die stillen Reserven außerhalb der vorstehend befolgten zeitlichen Aufteilung in Auskunftserteilung bei Gründung, während der Geschäftstätigkeit

¹⁴⁹ Vgl. F. v. Steiger 333 ff.

und bei Auflösung der AG ist darin begründet, daß es sich dabei um eine gegenüber den allgemeinen Fragen über Gegenstand und Umfang der aktienrechtlichen Aufschlußerteilung *durch besondere gesetzliche Regelung geschaffene Ausnahme vom Grundsatz einer sachlich unbeschränkten Auskunftserteilung* handelt. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich eine Untersuchung über dieses *Sondergebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung* in einem etwas ausführlicheren speziellen Rahmen. Das ist umso notwendiger, als das Problem der Auskunftserteilung über die stillen Reserven bisher noch nie erschöpfend und in einigen früheren Arbeiten über Art. 697 überhaupt nicht behandelt worden ist.

a) Begriff und Bedeutung der stillen Reserven

Nach Art. 663 II ist eine Bilanzierung zu Ansätzen, die unter dem Werte der Aktiven am Bilanztage stehen, sowie die Anlage anderer stiller Reserven durch die Verwaltung zulässig, soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmäßigen Dividende solche Maßnahmen als angezeigt erscheinen läßt¹⁵⁰. Die Bildung stiller Reserven erfolgt in der Hauptsache auf folgende vier Arten: durch Unterbewertung von bilanzierten Aktiven oder vollständige Auslassung vorhandener Vermögensbestandteile auf der Aktivseite der Bilanz und durch Ueberbewertung von Passiven oder Einstellung fiktiver Verbindlichkeiten auf der Passivseite der Bilanz¹⁵¹.

¹⁵⁰ Vgl. zum Problem der stillen Reserven u.a. Protokoll 251 ff.; Sten.Bull. St.R. 1931, 392 ff. und Sten.Bull. N.R. 1934, 283 ff.; Hug, Revision, 72 ff.; Zimmermann, Buchführung, 115 a ff.; J. G. Egger 172 ff.; Rosendorff, Aktienrecht, 192 ff.; Müller 90 ff.; Senarclens 245 ff. Ferner aus der Spezialliteratur: Janggen, SJZ 25 (1928/29) 321 ff.; Stachelin, Max, sen., SAG 1 (1928/29) 25 ff.; Wieland A., SJZ 26 (1929/30) 53 ff.; Stachelin, Max, jun., ZSR 58 NF (1939) 117 a ff.; Zimmermann-Locher, Fritz: Die stillen Reserven der Aktiengesellschaft in «Der Bücherexperte in der Schweiz», Festschrift zum 25jährigen Jubiläum des Verbandes Schweiz. Bücherexperten, Zürich 1939, 53 ff.; Capitaine, Georges, ZSR 61 NF (1942) 73 ff.; Weber, Hans: Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der stillen Reserven der Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung des neuen deutschen Aktienrechts, Diss. Bern 1946; Hellmüller, Hans: Die stillen Reserven der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1947. Vgl. auch die Literaturübersicht bei Bürgi zu Art. 662/63, 24/5. Vom nationalökonomischen Standpunkt aus: Homberger, Heinrich: Die Reserven in der Bilanz der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1921, insbesondere 108 ff. und 138 ff.

¹⁵¹ Näheres zur Bildung stiller Reserven bei Rosendorff, Aktienrecht, 195 ff., der vor allem auch auf die Schaffung stiller Reserven durch Gründung von Tochtergesellschaften hinweist (197) und Bürgi, N 51/9 und 65/9 zu Art. 662/63. Ueber Arten und Einteilungsprinzipien der stillen Reserven: Senarclens und Bossard 34ff.

Die Zulässigkeit der Anlage von stillen Reserven gehört zu den umstrittensten Problemen der gesamten Bilanzlehre. Gegen die Bildung stiller Reserven wurde vor allem der Grundsatz der Bilanzwahrheit und die Gefahr des Mißbrauchs, sowie die Einwendung angeführt, der gleiche Zweck könne auch mit offenen Reserven erreicht werden¹⁵². Die Befürworter der stillen Reserven traten dagegen mit dem Argument der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Reserven auf den Plan, das denn auch die unbedingte Notwendigkeit von verdeckten Reservestellungen beweist¹⁵³. In der Tat ist es einer Großzahl von Unternehmen nur durch frühere vorsorgliche Rückstellungen möglich gewesen, die wirtschaftlichen Erschütterungen nach dem ersten Weltkrieg und die nachfolgenden Krisenjahre zu überwinden. Die Gründe für die Bildung von stillen Reserven liegen daher auf der Hand und sie sind umso zwingender, je schwerer abschätzbar die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung ist.

Der schweizerische Gesetzgeber hat die ausgedehnten Kontroversen¹⁵⁴ über Bejahung oder Verneinung der Bildung stiller Rückstellungen jedenfalls eindeutig zugunsten der Zulässigkeit von stillen Reserven entschieden¹⁵⁵. Dabei ist das *zulässige Maß*, m.a.W. die Grenzen der Anlage vorsorglicher verdeckter Rückstellungen, vom Gesetz durch die Voraussetzung der Rücksicht auf das dauernde Gedeihen der Unternehmung oder auf die Stabilität der Dividende umschrieben worden¹⁵⁶. Die Grenzen der Bildung von stillen Reserven sind damit sehr weit gefaßt und lassen sich selbstverständlich nicht allgemein umreißen. Der zulässige Umfang kann nur im Einzelfall und nur durch eine eingehende Analyse der konkreten Verhältnisse sowie eine billige Abwägung aller Interessen begrenzt werden. Trotzdem darf

Zur Frage des Unterbringens der stillen Reserven und der daraus resultierenden Unterscheidung: Capitaine a.a.O. 94 ff. und Bürgi, N 50 zu Art. 662/63.

¹⁵² Die psychologische Wirkung einer Auflösung offener Reserven darf jedoch nicht unterschätzt werden; die Folge ist sehr oft eine empfindliche Kredit-schädigung; ebenso Botschaft 33 und J. G. Egger 176.

¹⁵³ Dazu insbesondere Staehelin sen. a.a.O. 41 ff.; Zimmermann, Buchführung, 115 a ff.; Zimmermann-Locher a.a.O. 55 und Bürgi, N 11/4 zu Art. 671. Vgl. ferner die ausführlichen Untersuchungen über die Bedeutung der stillen Reserven für die einzelnen Interessengruppen der AG bei Bossard 39 ff.

¹⁵⁴ Eine Zusammenstellung von Befürwortern und Gegnern der stillen Reserven findet sich bei Senarclens, 256, Anm. 1. Das Bundesgericht ließ die Frage der Zulässigkeit von stillen Reserven unter dem alten Recht ausdrücklich offen. BGE 51 II 435.

¹⁵⁵ Im gleichen Sinne das neue deutsche Aktienrecht, allerdings mit Ausschluß bestimmter Formen der Bildung stiller Reserven, vgl. Schlegelberger-Quasowski, Anm. 15 ff. zu § 129 DAG.

¹⁵⁶ Vgl. dazu etwa die Schlußfolgerung von Homberger a.a.O. 165.

die Verwaltung — denn ihr allein steht die Kompetenz zur Bildung stiller Reserven nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu, da nur sie imstande ist, deren Notwendigkeit zu beurteilen — nicht willkürlich und planlos stille Reserven anhäufen und damit eine ungesunde Thesaurierungspolitik verfolgen¹⁵⁷, wohl aber eine «vorausschauende, solide Bilanzpolitik, die in guten Jahren versucht, das Unternehmen für künftige Zeiten schlechter Konjunktur widerstandsfähig zu machen und dessen dauerndes Gedeihen sicherzustellen»¹⁵⁸.

Trotz der Anerkennung der Notwendigkeit von stillen Reserven und ihrer immensen wirtschaftlichen Bedeutung dürfen aber die Gefahren solcher durch die Verwaltung getätigten Rückstellungen nicht verkannt werden. Die Verwaltung erhält mit dieser Kompetenznorm eine «ungeheure Machtfülle für alle Bestrebungen einer finanziellen Geheimpolitik mit allen ihren Folgen»¹⁵⁹ in die Hand, und es besteht die große Gefahr, daß sie dazu verleitet wird, ihr Verantwortungsgefühl auszuschalten und unvorsichtige Geschäfte einzugehen, immer mit dem Bewußtsein, daß allfällige Verluste durch die stillen Reserven ohne großes Aufheben gedeckt werden können¹⁶⁰. Dazu tritt die Gefahr von Spekulationen in Aktien der Gesellschaft durch die Verwaltungsmitglieder, die die Kurse mit Hilfe der Dividendenpolitik zu ihren Gunsten und zur Erzielung von Gewinnen als Differenz zwischen günstigen Käufen und Verkäufen beeinflussen können. Diese letztere Form des Mißbrauchs wird allerdings durch Beobachtung der Börse leicht erkennbar sein und widerspricht natürlich ganz ausgesprochen der gesetzlichen Voraussetzung der Bildung von stillen Reserven zur Stabilisierung der Dividende. Der leichtsinnige Abschluß von unsicheren Geschäften dagegen kann unschwer verschleiert werden, wenn nur der Verwaltung bekannte stille Reserven für die Ausgleichung von daraus entstehenden Verlusten verwendet werden. Das im wirtschaftlichen Verkehr grundlegende Vertrauen

¹⁵⁷ Zu den Rechtsbehelfen dagegen und ihren Voraussetzungen vgl. ein Urteil des Bundesgerichts in Semjud 63 (1941) 559 (teilweise in BGE 67 II 162 ff.); ferner BGE 54 II 28 unter dem alten Recht. Bürgi, N 76/9 zu Art. 662/63, Einschränkung § 198 II DAG.

¹⁵⁸ ZR 40, 276. Das Urteil nimmt eine erfreulich großzügige Haltung gegenüber der Bildung von stillen Reserven ein, die von «gesunder und vorsichtiger kaufmännischer Uebung» diktiert sind. Im gleichen Sinne auch das Bundesgericht BGE 53 II 260/61, 54 II 28/9 und 72 II 297 ff. Zum Umfang der Bildungsfreiheit und den Schranken der Verwendung von stillen Reserven vgl. Zimmermann-Locher a.a.O. 59 ff. und Bossard 133 ff. ZR 25, 1 ff. (Erw. 4) und 27, 77.

¹⁵⁹ Janggen a.a.O. 326.

¹⁶⁰ Oser (Protokoll 255) nannte die Regelung des Entwurfs einen «Freibrief für die Vornahme von gewagten Geschäften».

in die Integrität der leitenden Persönlichkeiten einer AG und die verschärften Verantwortlichkeitsbestimmungen des revidierten OR schaffen gegenüber diesen Gefahren nur ein ungenügendes Gegengewicht. Daher muß die Bildung und Verwendung von stillen Reserven einer *besonderen Kontrolle* unterliegen, die einerseits dem Charakter der stillen Reserven Rechnung trägt, anderseits aber eine wirksame Sanktion gegen Mißbräuche darstellt.

b) Die gesetzliche Regelung der Auskunftserteilung

Eine genügende Sanktion gegen Mißbräuche in der Bildung und Verwendung stiller Reserven wird von vielen Autoren nur in einer weitgehenden Offenlegung der betreffenden Maßnahmen erblickt. In diesem Sinne wird verlangt, daß sich das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung — und umsomehr dasjenige der GV — auch auf die stillen Reserven erstrecke¹⁶¹. Noch weiter geht die Forderung, die Bildung und Auflösung von stillen Reserven seien im Geschäftsbericht mitzuteilen¹⁶². Diese Forderungen auf weitestgehende Aufklärung in bezug auf die stillen Reserven werden mit der an sich zutreffenden Begründung erhoben, der Aktionär erhalte nur dann richtigen Aufschluß über die Tätigkeit und die Erfolge der Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr, wenn er außer der Summe, welche die Verwaltung als verteilbaren Reingewinn bezeichnet, auch die Herkunft dieser Summe erfahre.

Die erwähnten Auffassungen tragen nun sicherlich dem Kontrollmoment genügend Rechnung, vernachlässigen dabei aber offensichtlich die Berücksichtigung des Charakters der stillen Reserven, ganz abgesehen von der Vernachlässigung des Grundsatzes des Schutzes der Gesellschaftsinteressen. Eine stille Reserve liegt doch nur dann vor, wenn sozusagen niemand etwas davon weiß; gerade die Tatsache, daß die Aktionäre — und damit eine weitere Öffentlichkeit — diese

¹⁶¹ Unbeschränkt: Wieland II 223; Muheim 85; Hug, Revision, 75/6; A. Wieland 380 (letzterer nur für aufgelöste stille Reserven). Wenigstens unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses bzw. der Interessen der Gesellschaft: Janggen a.a.O. 326; A. Wieland a.a.O. 55; Stachelin jun. a.a.O. 182 a; Goldschmidt 89 ff.; Hellmüller a.a.O. 112, 124 u. 126 und Bürgi, N 62 und 73 zu Art. 662/63.

¹⁶² Wieland II 223; Hug, Revision, 75/6; NZZ, Nr. 4 vom 2. Januar 1934. Nur für die Bekanntgabe einer Auflösung von stillen Reserven: A. Wieland 379. Gegen die Mitteilung von stillen Reserven im Geschäftsbericht zutreffend: Heilbrunn, Geschäftsbericht, 163.

stillen Reserven nicht kennen, macht die «Seele des Artikels» aus¹⁶³. Die Ansicht, daß der einzelne Aktionär auf Grund von Art. 641 IV und V aOR und die GV auf Grund ihres allgemeinen korporativen Kontrollrechtes berechtigt seien, Aufschluß über die stillen Reserven zu verlangen, konnte jedoch nur unter der altrechtlichen Regelung vertreten werden¹⁶⁴, allerdings auch dort nur im Rahmen der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses. Unter dem revidierten OR stellt sich die Sachlage völlig verschieden dar, *weil das neue Recht eine dem allgemeinen Recht des Aktionärs und der GV auf Auskunftserteilung vorgehende Spezialregelung enthält*, mit der der Gesetzgeber die Kontrolle der stillen Reserven unter Wahrung der Interessen der Gesellschaft und vor allem des besonderen Charakters der stillen Reserven gewährleisten will. Daher sind Lösungsversuche, welche die altrechtliche Regelung auch in das neue Recht übernehmen und folglich die Aufschlußpflicht über die stillen Reserven primär auf Art. 697 stützen wollen, mit der positiv-rechtlichen Regelung unvereinbar und können lediglich als *de lege ferenda*-Forderungen vertreten werden.

Diese spezielle gesetzliche Regelung der Auskunftserteilung über die stillen Reserven ist in *Art. 663 III* verankert, der die Verwaltung verpflichtet, der Kontrollstelle über die Bildung und Verwendung stiller Reserven Mitteilung zu machen. Damit wurde die Bewertungsfreiheit der Verwaltung in formeller Hinsicht in sehr zweckmäßiger Weise eingeschränkt und ein «Sicherheitsventil gegen eine willkürliche und skrupellose Geschäftspolitik der Verwaltung»¹⁶⁵ geschaffen. Die Bestimmung geht auf die Initiative von Bundesrat Häberlin in der nationalrätlichen Kommission zurück, der damit versuchte, eine Einigungsformel zwischen den grundsätzlichen Gegnern und Befürwortern von stillen Reserven zu schaffen. Das Mißtrauen der Kommissionsminderheit gegen diesen Lösungsversuch konnte aber erst mit dem Antrag von Bundesrat Baumann beschwichtigt werden, der vorschlug, die Vorschrift über die Mitteilungspflicht an die Kontrollstelle folgendermaßen auszulegen: «Die Verwaltung muß wenigstens die Kontrollstelle über das Vorhandensein und die vorgesehene Verwendung der stillen Reserven aufklären. Die Kontrollstelle wird in der Regel diese Mitteilungen streng vertraulich entgegennehmen und normalerweise weiter keine Schritte vorkehren. Sie wird aber auch

¹⁶³ v. Waldkirch und Isler, Protokoll 257. Bürgi, N 120 zu Art. 662/63, weist allerdings auf eine Erkenntnisquelle für den Umfang stiller Reserven hin (die öffentlichen Steuerregister), welche die strikte Geheimhaltung zum Teil illusorisch macht.

¹⁶⁴ Ebenso Bossard 65; Müller 94/6; Weber a.a.O. 42.

¹⁶⁵ Staehelin jun. a.a.O. 181 a.

gemäß ihrer Verantwortung, die sie als Kontrollstelle hat, nicht davor zurückschrecken, bei der Verwaltung oder, wenn sie da kein Gehör findet, bei der GV vorstellig zu werden, wenn sie findet, daß mit diesen stillen Reserven Unfug getrieben werde»¹⁶⁶.

Mit dieser Auslegung erscheint der praktische Wert von Art. 663 III grundsätzlich als gesichert. Der Gesetzgeber hat mit dieser Spezialregelung der Aufschlußpflicht über die stillen Reserven die Nachteile, die sich daraus für die Kontrollrechte des Aktionärs ergeben, zugunsten der Stabilität der Gesellschaft bewußt in Kauf genommen. Das revidierte OR hat sich damit offenbar für das *Primat der Interessen der Gesellschaft an der Bildung und Erhaltung stiller Reserven unter entsprechender Beschränkung des Rechts der Aktionäre auf Auskunftserteilung* entschieden¹⁶⁷. Der Offenlegungsanspruch des Aktionärs — und damit nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht auch derjenige der Mehrheit¹⁶⁸ — erstreckt sich somit nicht auf die Bildung und Verwendung von stillen Reserven¹⁶⁹. Eine andere Auffassung wäre mit dem Charakter der stillen Reserven unvereinbar¹⁷⁰ und den Interessen der Gesellschaft in der Regel abträglich. Der Notwendigkeit einer Kontrolle wird durch Art. 663 III Genüge getan.

Diese, den Umfang der aktienrechtlichen Auskunftserteilung ausnahmsweise sachlich einschränkende Ansicht bedarf immerhin noch der näheren Würdigung, und zwar vor allem im Hinblick auf die Verhältnisse und Bedürfnisse der Praxis. Nach der Regelung von Art. 663 III hat die Verwaltung der Kontrollstelle von der Bildung und Verwendung stiller Reserven Mitteilung zu machen¹⁷¹. Die Verwaltung

¹⁶⁶ Sten.Bull. N.R. 1934, 288.

¹⁶⁷ A. Wieland 380; Henggeler, Kontrollrecht, 209.

¹⁶⁸ Diese Auffassung ist (entgegen den Ansichten von A. Wieland a.a.O. 54/5; Zimmermann, Buchführung, 140 a; Goldschmidt 88/9; Muheim 86 und Müller 97/8) nicht unvereinbar mit dem der GV gemäß Art. 698 II Ziff. 3 als unübertragbare Befugnis zustehenden Recht auf Abnahme und Feststellung der Bilanz. Der GV verbleibt trotzdem das Recht zur formellen Bilanzfeststellung, allerdings mit der Einschränkung, daß die materielle Bewertung der Verwaltung zusteht, wie dies Art. 663 II ausdrücklich statuiert (so auch Bossard 140 und 35 sowie Hellmüller a.a.O. 104; ähnlich Botschaft 34 und Hug, Revision, 73).

¹⁶⁹ Ebenso Thalmann, Sten.Bull. St.R. 1931, 392; A. Wieland 380; Henggeler, Kontrollrecht, 210; Peyer 67; Weber a.a.O. 46; Zimmermann-Locher a.a.O. 58/9 und 64; Müller 105. Abweichend für eine Aufschlußpflicht gegenüber der GV: Janggen 209; Thalmann a.a.O. 392; Hug, Revision, 73; Goldschmidt 88; A. Wieland 380/81; Muheim 86; Müller 106; Senarclens 296; Henggeler, Kontrollrecht, 210; Hellmüller a.a.O. 112/13; Bürgi, N 60 und 85 zu Art. 662/63.

¹⁷⁰ Ausdrücklich Bossard 38, 132 und 142; ähnlich Botschaft 33; J. G. Egger 175; A. Wieland 380; Hellmüller a.a.O. 73 und Bürgi, N 49 zu Art. 662/63.

¹⁷¹ Näheres zu dieser Mitteilungspflicht, die grundsätzlich unbeschränkt ist (Hellmüller a.a.O. 111), bei Müller 90/3 und Zimmermann-Locher a.a.O. 59. Vgl. auch Bürgi, N 63 zu Art. 662/63.

wird zu dieser Mitteilung vom Gesetz ausdrücklich verpflichtet. Diese *Aufschlußpflicht über die stillen Reserven gegenüber der Kontrollstelle* ist aber nicht Bestandteil der «auf Verlangen» «über einzelne bestimmte Gegenstände» von Art. 728 II statuierten Mitteilungspflicht der Verwaltung¹⁷², sondern dieser Aufschluß ist den Revisoren un- aufgefördert zu geben. Die Spezialvorschrift von Art. 663 III geht somit der allgemeinen Bestimmung über das Recht der Kontrollstelle auf Auskunftserteilung vor. Die Revisoren haben im übrigen die ihnen von der Verwaltung gemachten Mitteilungen über die stillen Reserven als Vertrauensorgan der Aktionäre entgegenzunehmen und sich darüber Rechenschaft abzulegen, ob diese Rückstellungen im Hinblick auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder die Stabilität der Dividende gerechtfertigt sind oder ob eine allfällige Verwendung, d.h. die Auflösung von stillen Reserven, nicht geeignet ist, den Jahresabschluß in grober Weise zu entstellen. In Zweifelsfällen können sie die Verwaltung auffordern, die betreffenden Angaben zu belegen. Ergeben sich irgendwelche Zweifel an der Zweckmäßigkeit der von der Verwaltung beschlossenen Maßnahmen, so ist die Kontrollstelle nach Art. 729 III verpflichtet, gegen die Maßnahmen der Verwaltung Stellung zu beziehen und insbesondere dem Präsidenten des Verwaltungsrates von ihren Beanstandungen Mitteilung zu machen. Die Garantie dafür, daß ihre Einwendungen nicht überhört werden, liegt in der ihnen vom Gesetz auferlegten weiteren Verpflichtung, in wichtigen Fällen die GV über derartige Vorkommnisse zu unterrichten (Art. 729 III). Die Revisoren haben daher unter ihrer Organverantwortung selbständig zu entscheiden, ob sie zu diesem Schritt durch die konkreten Verhältnisse und die allfällige Unbelehrbarkeit der Verwaltung gezwungen werden, denn es ist ihre Aufgabe und Pflicht, den Jahresabschluß im Hinblick auf die Uebereinstimmung mit den Büchern und den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften zu prüfen (Art. 728 I).

Trotz der grundsätzlichen Ablehnung eines Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung über die stillen Reserven — insbesondere über ihren ziffernmäßigen Umfang und ihren Standort in der Bilanz bleiben die Rechte des Aktionärs aus Art. 697 in dem Sinne bestehen, daß er berechtigt ist, *Aufschluß über die Einhaltung der in Art. 663 enthaltenen gesetzlichen Vorschriften oder allfälliger statutarischer Vorschriften über die stillen Reserven* zu begehren. Der Aktionär ist

¹⁷² Unrichtig daher Schumacher 57 und Bürgi, N 72 zu Art. 662/63; wie hier Bossard 143 und (sinngemäß) F. v. Steiger 267.

daher auf Grund von Art. 697 ohne weiteres befugt, von der Kontrollstelle allgemein Aufschluß zu erhalten, ob die Bildung und Verwendung von stillen Reserven unter den Voraussetzungen von Art. 663 II erfolgte und ob die Verwaltung ihrer Mitteilungspflicht nachgekommen sei¹⁷³. Diese Bekanntmachungen sind in keiner Art und Weise geeignet, die Interessen der Gesellschaft zu verletzen — was ihr schaden kann, ist nur eine detaillierte Angabe der verdeckten Rückstellungen. Im Gegenteil — gerade jene Gesellschaften, die in guten Zeiten vorgesorgt hatten und daher über genügend Widerstandsfähigkeit verfügen, allfälligen Krisenzeiten standzuhalten, werden ein Interesse daran haben, in diesem Rahmen auf ihre innere Festigkeit hinzuweisen und damit in schlechten Zeiten das Vertrauen ihrer Aktionäre zu stärken. In der Tat wird in der Praxis von vielen Gesellschaften im Geschäftsbericht oder in der GV angedeutet, daß stille Reserven bestehen, indem die Verwaltung etwa darauf hinweist, daß sie die Vermögenswerte vorsichtig und niedrig eingesetzt habe oder daß die Bilanzaufstellung eine solide sei und gesunden kaufmännischen Grundsätzen entspreche.

Liegen *außerordentliche Verhältnisse* etwa in dem Sinne vor, daß die Gesellschaft durch andauernde große Verluste oder ungedeckte, zweifelhafte Passiven gezwungen wurde, ständig und in immer größerem Maße stille Reserven anzugreifen, so muß die Offenlegungspflicht weitergehen. Die Verwaltung oder die Kontrollstelle werden in diesen Fällen im Hinblick auf die strengen Verantwortlichkeitsbestimmungen von sich aus die Karten aufdecken und den Aktionären klare Rechenschaft ablegen müssen. Der Begriff der außerordentlichen Verhältnisse darf aber auch hier nicht überspannt werden. Konjunkturverluste oder wirtschaftlich bedingte Wertschwankungen, die eine Auflösung stiller Reserven erfordern, begründen keine weitergehende Aufschlußpflicht. In der Praxis wird in solchen Fällen regelmäßig in allgemeiner Form auf die Inanspruchnahme von stillen Reserven hingewiesen¹⁷⁴. Ist die Verwaltung allzu zurückhaltend, so liegt die Entscheidung wieder bei der Kontrollstelle, inwieweit im Einzelfall eine entsprechende Mitteilung an die Aktionäre im Rahmen ihrer Berichterstattung notwendig erscheint. Sind die Aktionäre mit diesen allgemeinen Mitteilungen nicht zufrieden oder ergeben

¹⁷³ Ebenso Thalmann, Sten.Bull. St.R. 1931, 392; Scherer, Sten.Bull. N.R. 1934, 283; Stachelin sen. a.a.O. 61/2; Weber a.a.O. 46; Henggeler, Kontrollrecht, 210; Müller 105; Hellmüller a.a.O. 126.

¹⁷⁴ Vgl. Henggeler, Kontrollrecht, 210/11; Bossard 43 und die Beispiele bei Rosendorff, Aktienrecht, 208; ferner Bürgi, N 61 zu Art. 662/63.

sich überhaupt Zweifel an der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung oder der Vertrauenswürdigkeit von Verwaltung und Kontrollstelle, so steht es jedem Aktionär frei, eine Untersuchung der Geschäftsführung durch besondere Kommissäre nach Art. 731 II zu beantragen.

In diesem Rahmen stellt sich die Spezialregelung von Art. 663 III als glückliche Lösung dar, die eine ausreichende Sicherung gegen Mißbräuche der Verwaltung in der Bildung und Verwendung von stillen Reserven gewährleistet. Man könnte hier die Frage aufwerfen, ob diese Spezialregelung nicht entbehrlich sei. Der Aktionär würde in diesem Falle auf Grund von Art. 697 ein Recht auf Auskunftserteilung über Bildung und Verwendung von stillen Reserven besitzen und diese letzteren würden, nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, ohne Zweifel unter den Begriff der «für die Ausübung des Kontrollrechts erheblichen Tatsachen» fallen, über welche Aufschluß zu begehren, der Aktionär grundsätzlich berechtigt ist. Dieser Aufschluß steht ihm, wie der GV, aber nur zu, sofern dadurch keine Schädigung von Gesellschaftsinteressen erfolgt. In der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle würde jedoch die Bekanntgabe von stillen Reserven von der Verwaltung als Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses verweigert werden können und müssen¹⁷⁵. Wo diese Voraussetzung der Verweigerung ausnahmsweise nicht zuträfe, wo also die Orientierung über die stillen Reserven für die Gesellschaft von Vorteil ist, erfolgt sie auch unter der heute geltenden Regelung. Im Prinzip laufen daher beide Lösungen der Auskunftserteilung über die stillen Reserven auf das gleiche hinaus. Ihre Berechtigung findet aber die Spezialregelung von Art. 663 III darin, daß damit ein für allemal der Umfang der Auskunftserteilung über die stillen Reserven unter Wahrung ihres besonderen Charakters feststeht und unnötige Streitigkeiten in der GV oder vor dem Richter vermieden werden können.

Zusammenfassend ergibt sich somit:

Der Aktionär und die GV sind nicht berechtigt, eine Offenlegung der stillen Reserven zu verlangen; sie können lediglich Aufschluß über die Einhaltung der diesbezüglichen gesetzlichen oder allfälliger statutarischer Bestimmungen verlangen.

Diese Lösung ergibt sich aus der Spezialvorschrift von Art. 663 III, die eine Ausnahme vom allgemeinen, sachlich unbeschränkten Um-

¹⁷⁵ Darauf weisen auch die meisten Befürworter einer weitgehenden Auskunftserteilung über die stillen Reserven hin, vgl. G. Fischer 74; Janggen 212 und a.a.O. 323; Hellmüller a.a.O. 124/25 und 126/27; Bürgi, N 62 und 73 zu Art. 662/63.

fang der aktienrechtlichen Auskunftserteilung statuiert¹⁷⁶. Entsprechend dieser Lösung ist die Kontrollstelle unter ihrer Organverantwortlichkeit verpflichtet, die Bildung und Verwendung von stillen Reserven seitens der Verwaltung zu kontrollieren und die GV gegebenenfalls über Mißstände zu unterrichten. Diese Berichterstattungspflicht erweitert sich sinngemäß unter außerordentlichen Verhältnissen¹⁷⁷.

V. DIE SCHRANKEN DER AUSKUNFTSERTEILUNG

Die Anerkennung eines grundsätzlich sachlich unbeschränkten Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung zwingt uns, den Schranken dieser Auskunftserteilung umso größere Aufmerksamkeit zu schenken. Es scheint als selbstverständlich — und ist in den vorhergehenden Ausführungen auch immer betont und als Grundsatz schon an den Anfang dieses Kapitels gestellt worden —, daß durch eine Auskunftserteilung und im weiteren Sinne überhaupt durch jeden Aufschluß mündlicher oder schriftlicher Art die Gesellschaft nicht geschädigt werden darf. *Die Grenze jeder aktienrechtlichen Publizität ist somit durch den Grundsatz der Bewahrung der AG vor jeglicher durch die Offenlegung gesellschaftlicher Verhältnisse entstehender Schädigung gegeben.* Die Grenze der Publizität muß m.a.W. die Verhinderung eines Nachteiles für die Gesellschaft durch die Veröffentlichung sein; niemals darf die Gesellschaft gezwungen werden, Angelegenheiten in einem Zeitpunkte und in einem Umfange zu offenbaren, der ihr nach irgendeiner Richtung schädlich sein könnte¹⁷⁸.

Eine Schädigung der Gesellschaft ist aber nicht nur durch die Veröffentlichung von schriftlichen Vorlagen und Berichten, sondern ebenso sehr durch die Auskunftserteilung in der GV zu befürchten, da — abgesehen von der Möglichkeit der Anwesenheit von Pressevertretern — die einzelnen Aktionäre regelmäßig nicht zur Geheimhaltung

¹⁷⁶ In diesem Sinne schon ausdrücklich Scherer, Sten.Bull. N.R. 1934, 283; ebenso Müller 103 und Hellmüller a.a.O. 74.

¹⁷⁷ Interessant ist, daß die englische Praxis, ohne sich auf gesetzliche Bestimmungen stützen zu können, zur gleichen Lösung gelangt ist; vgl. Palmer/Topham: Company Precedents, 12th ed., London 1922, 736/37. Dagegen sieht die neueste Revision des englischen Aktienrechts ein Verbot stiller Reserven vor, die dementsprechend in der Bilanz aufgeführt werden müssen (allerdings mit der wichtigen und aufschlußreichen Ausnahme von Banken und Versicherungsgesellschaften); vgl. NZZ, Nr. 1137 vom 25. Juli 1945 und Nr. 1295 vom 21. Juli 1946.

¹⁷⁸ Ausschuß III 36. Ähnlich auch Eugen Huber, wenn er ausführt, daß die notwendigen Publizitätsmaßnahmen dann doch wieder ihre Schranken darin fin-

der ihnen gemachten Mitteilungen verpflichtet sind. Was in der GV gesagt wird, ist deshalb so gut wie öffentlich gesagt¹⁷⁹. Ohne entsprechende Begrenzung der Auskunftserteilung durch die Festlegung bestimmter Schranken wäre daher in hohem Maße mit der Möglichkeit eines Weiterdringens vertraulich gemachter Mitteilungen zu rechnen. Es gilt somit, ein Kriterium zu finden, das einerseits dem eben erwähnten Grundsatz einer Bewahrung der Gesellschaft vor jeglichem Schaden gerecht wird und andererseits eine befriedigende und vor allem praktisch anwendbare Festlegung der *Grenze zwischen Aufschluß- und Geheimhaltungspflicht* ermöglicht. Dieses Kriterium kann in der *Schranke der Interessen der Gesellschaft*, verstanden als Schranke des Gesellschaftsgeheimnisses — d.h. der Geschäfts- sowie der Fabrikationsgeheimnisse —, ergänzt durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs, gefunden werden. Mit dieser Umschreibung der Schranken der aktienrechtlichen Auskunftserteilung ist grundsätzlich allen Geheimhaltungsinteressen einer AG Rechnung getragen, und es werden damit im besonderen nur die allein schützenswerten echten, nicht aber allenfalls vorgetäuschte Interessen der Gesellschaft gewahrt.

Diese Schranke der Interessen der Gesellschaft im vorher summarisch umschriebenen Sinne gilt grundsätzlich für das gesamte Gebiet der aktienrechtlichen Publizität. Sie gilt somit auch für das Spezialgebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung, jedoch nicht — und das ist der folgenden einläßlichen Darstellung der Schranken der Auskunftserteilung vorwegzunehmen bzw. noch einmal zu wiederholen — für die *qualifizierte Auskunftserteilung*, also für jene Aufschlüsse, welche auf den positiven Grundlagen der aktienrechtlichen Auskunftserteilung beruhen¹⁸⁰. Die Schranken der Auskunftserteilung können deshalb von den dafür zuständigen Organen der AG in keinem Falle dort geltend gemacht werden, wo das Gesetz oder die Statuten die von der Gesellschaft bekanntzugebenden Tatsachen genau umschreiben, wo also m.a.W. das Ausmaß der Auskunftserteilung von Gesetz oder Statuten positiv und zwingend festgelegt ist. Diese qualifizierten Aufschlüsse dürfen daher seitens der Gesellschaftsleitung nicht mit dem Hinweis auf die Gesellschaftsinteressen, welche diesen Mitteilungen entgegenstünden, verweigert werden. Wo das Ge-

den, «daß eine Störung des guten, geregelten Ganges der Unternehmungen vermieden werden muß» (Bericht I 45).

¹⁷⁹ Brodman, Anm. 2 d zu § 259 HGB; ebenso Haußmann, Aktienwesen, 55 und Fillié 56.

¹⁸⁰ Vgl. vorne 86 ff., insbesondere 86.

setz die der AG obliegenden Aufschlußverpflichtungen eindeutig umschrieben hat, würde selbst eine im Hinblick auf die Interessen der Gesellschaft gerechtfertigte Verweigerung der Auskunftserteilung eine klare Gesetzesverletzung bedeuten und deshalb von vornherein unzulässig sein. Dieser Grundsatz, daß der Auskunftserteilung im Rahmen der positiven Grundlagen unbedingt und ohne weitere Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft oder die Möglichkeit einer Schädigung nachgekommen werden muß, erscheint zuerst stoßend. De lege lata ist aber keine andere Lösung möglich und sie braucht auch de lege ferenda kaum gesucht zu werden. Denn was der Gesetzgeber im wohl- abgewogenen Interesse einer Sicherung des gesamten Wirtschafts- lebens gegen die Gefahren, die bei mangelnder Klarheit der Verhält- nisse gerade von der Wirtschaftsform der AG drohen, als zwingend aufschlußbedürftig zu bezeichnen für notwendig erachtet hat, kann der Gesellschaft grundsätzlich nicht schaden. Sollte aber in einem be- sonderen Falle durch die Befolgung der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestaufschlußpflicht einmal Schaden gestiftet werden, dann muß eben angenommen werden, daß das Gesetz damit gerechnet oder die Folgen dieser Offenlegung sogar gewollt hat. Auf jeden Fall ergibt sich aus der zwingenden gesetzlichen oder statutarischen Regelung der Auskunftserteilung im Rahmen der positiven Grundlagen, daß die Pflicht zu einer diesen Bestimmungen entsprechenden Offenlegung gesellschaftlicher Verhältnisse dem Grundsatz der Bewahrung der Ge- sellschaft vor Schädigung durch die Aufschlußerteilung vorgeht¹⁸¹.

1. Die Schranke des Gesellschaftsgeheimnisses

a) Allgemeines

Der Notwendigkeit einer weitgehenden aktienrechtlichen Publizität steht die Tatsache gegenüber, daß jede Gesellschaft eine Geheimsphäre hat, deren Durchbrechung zu einer Schädigung der Gesellschaft führen kann. Die Wahrung dieser Geheimsphäre ist aber eine *condicio sine qua non* jeder Art von erfolgreicher wirtschaftlicher Tätigkeit. Der Rechtsgrund des Schutzes einer solchen Geheimsphäre ist im Recht der Persönlichkeit auf Schutz gegen jede unbefugte Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen (Art. 28 ZGB) zu suchen. Dieses subjektive Recht an der persönlichen Geheimsphäre im allge-

¹⁸¹ In diesem Sinne auch Grünpeter, 99, für das deutsche Recht und RGSt 49, 363/64.

meinen und am Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis im besonderen ist im schweizerischen Recht wie in den meisten modernen Rechten anerkannt, und zwar zugunsten nicht nur der natürlichen, sondern auch der juristischen Personen (Art. 53 ZGB)¹⁸². Somit genießt auch die *wirtschaftliche Geheimsphäre der AG* den Rechtsschutz. Diese Geheimsphäre umfaßt die Summe aller Tatsachen, welche Geheimnisse bilden. Auf den Begriff des Geheimnisses im Rechtssinn kann hier im übrigen nicht näher eingetreten werden; zu seiner Umschreibung hat vor allem die Strafrechtswissenschaft und die Rechtsprechung zu Art. 28 ZGB, Art. 48/9 und 356 I OR beigetragen¹⁸³. Geheim sind danach auf jeden Fall alle Tatsachen, die nicht allgemein bekannt oder wahrnehmbar sind¹⁸⁴, wozu als Voraussetzung für den Anspruch auf Rechtsschutz noch die tatsächliche Geheimhaltung, der Geheimhaltungswille, zu treten hat¹⁸⁵.

Die wirtschaftliche Persönlichkeit besitzt ihre besondere Geheimsphäre, welche einerseits die geschäftlichen Geheimnisse (Geschäftsgeheimnisse) und andererseits die technischen Geheimnisse (Fabrikationsgeheimnisse) umfaßt¹⁸⁶. Diese beiden Arten von Geheimnissen sollen im folgenden unter den *Begriff des Gesellschaftsgeheimnisses* zusammengefaßt werden. Dieser Oberbegriff würde alle Vorgänge und Tatsachen umfassen, die für die Gesellschaft bzw. das von ihr betriebene Unternehmen von Bedeutung sind, an deren Geheimhaltung die Gesellschaft ein Interesse hat und welche dem Unternehmen als eine Besonderheit angehören. Entsprechend der später noch im einzelnen zu behandelnden Ausdehnung der Pflicht zur Auskunftserteilung auf Unternehmenszusammenfassungen fallen auch die Geheimnisse der subordinierten oder koordinierten Unternehmen unter das Gesellschaftsgeheimnis der berichtenden Gesellschaft; im Falle einer Aufschlußerteilung über Unternehmenszusammenfassungen ist somit die Geheimsphäre beider Gesellschaften zu wahren¹⁸⁷.

Der schweizerische Gesetzgeber verleiht dem einzelnen Aktionär ebenfalls kein Recht auf schrankenlose Offenlegung der Gesellschafts-

¹⁸² Vgl. Giesker, Hans: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Diss. Zürich 1904, insbesondere 20; Egger, N 43 zu Art. 28 ZGB und N 12 zu Art. 53 ZGB; BGE 64 II 169.

¹⁸³ Vgl. dazu Overbeck, ZSR 43 NF (1924) 1 a ff.; Ringier, Walter: Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, Diss. Zürich 1923, insbes. 19 ff., 25 und Herold 25 ff.

¹⁸⁴ Egger, N 39 zu Art. 28 ZGB.

¹⁸⁵ BGE 64 II 170, Erw. 7.

¹⁸⁶ Egger, N 43 zu Art. 28 ZGB.

¹⁸⁷ So ausdrücklich § 112 III DAG (Dech 56) und Siegwart, Einl. N 186 für das schweizerische Recht. Begründet die im Einzelfall bestehende Abhängigkeit

verhältnisse, «da auch die AG nicht in einem Glashaus arbeiten kann»¹⁸⁸. Art. 697 II bestimmt, daß das Einsichtsrecht nur «unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses» gestattet sei. Auffallend ist, daß das Gesetz keinen solchen Vorbehalt für das Recht des Aktionärs auf Auskunft (Art. 697 I) enthält. Diese Tatsache läßt jedoch nicht den Schluß zu, daß die Aktionäre berechtigt seien, von der Kontrollstelle über zweifelhafte Ansätze «ohne Einschränkung» Auskunft zu verlangen¹⁸⁹. Dabei handelt es sich vielmehr um eine Lücke des Gesetzes, welche sinngemäß zu ergänzen ist. Das Bundesgericht hat denn auch zutreffend die Beschränkung durch die Rücksichtnahme auf das Geschäftsgeheimnis auf das gesamte Kontrollrecht des Aktionärs ausgedehnt¹⁹⁰. Der gesetzliche Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist im übrigen in einem weiteren Sinne zu verstehen; er umfaßt sowohl Geschäftsgeheimnisse als auch Fabrikationsgeheimnisse. Um Verwechslungen zu vermeiden, wird daher im folgenden als Oberbegriff das Gesellschaftsgeheimnis verwendet, welcher Begriff aber materiell nicht umfassender zu verstehen ist als der vom Gesetzgeber verwendete.

b) Absolute Gesellschaftsgeheimnisse

Unter absoluten Gesellschaftsgeheimnissen sind solche Tatsachen zu verstehen, zu deren Geheimhaltung die Gesellschaft Dritten gegenüber verpflichtet ist¹⁹¹. Da die Rechtspflicht zur Wahrung dieser absoluten Gesellschaftsgeheimnisse außerhalb des Rahmens der Gesellschaftsmacht und unabhängig von ihrem Gestaltungswillen besteht, dürfen sie unter keinen Umständen preisgegeben werden. Nur die Einwilligung des Dritten als Geheimnisherr kann die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Geheimnisträger von dieser absoluten Geheimhaltungspflicht entbinden. Beispiele von solchen absoluten Gesellschaftsgeheimnissen sind etwa das Bankgeheimnis (Art. 60 NBkG, Art. 47 I lit. b BkG), das Arztgeheimnis von als Aktiengesellschaften organisierten Krankenkassen, das Berufsgeheimnis von Treuhandgesellschaften usw. Ferner fallen darunter Tatsachen, die im öffent-

oder Bindung keine Pflicht zur Auskunftserteilung, so fallen die Geheimnisse der betreffenden Unternehmen unter das absolute Gesellschaftsgeheimnis, das als Rechtspflicht gegenüber Dritten unbedingt zu wahren ist, vgl. nachfolgend b, hinten 156/57.

¹⁸⁸ Zimmermann in NZZ, Nr. 1006 vom 1. August 1922.

¹⁸⁹ Unrichtig deshalb Wieland II 197 und ZR 47, 204.

¹⁹⁰ BGE 54 II 25.

¹⁹¹ Vgl. auch Picenoni (zit. vorne 118, Anm. 91) 67.

lichen, nationalen oder volkswirtschaftlichen Interesse verschwiegen werden müssen¹⁹². Solche Interessen der Allgemeinheit müssen vor allem in Krisenzeiten als Schutz vor ausländischer Konkurrenz und im Kriege als Schutz vor ausländischer Spionage berücksichtigt werden¹⁹³, so etwa in Unternehmen, welche mit der Landesverteidigung in Beziehung stehen, insbesondere in Unternehmen der Rüstungs- und chemischen Industrie, ferner in Unternehmungen, an denen Körperschaften des öffentlichen Rechts interessiert sind, schließlich in gemischtwirtschaftlichen oder in öffentlichen Unternehmen, die sich der privatrechtlichen Form der AG bedienen. Die *Pflicht zur unbedingten Wahrung der absoluten Gesellschaftsgeheimnisse* geht im übrigen meistens aus Spezialgesetzen hervor und wird daher mit der Offenbarungspflicht der Gesellschaft bzw. ihrer Organe gegenüber den Aktionären selten kollidieren.

c) Relative Gesellschaftsgeheimnisse

Die Wahrung der relativen Gesellschaftsgeheimnisse dagegen liegt nur im Interesse der Gesellschaft selbst, und die Gesellschaftsorgane können daher im Einzelfall auf ihre Geheimhaltung verzichten, wenn aus irgendeinem Grunde das Primat der Aufschlußpflicht feststeht. Im Gegensatz zur Interessenlage bei den absoluten Gesellschaftsgeheimnissen ist in diesem Falle die Gesellschaft selbst Geheimnisherr und kann somit aus eigenem Recht über Geheimhaltung oder Bekanntgabe befinden, ohne die Rechte Dritter zu verletzen. Die relativen Gesellschaftsgeheimnisse werden im folgenden in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse unterteilt, obschon eine solche Unterscheidung vielfach als unwesentlich betrachtet wird¹⁹⁴. Dies mag vielleicht für das Strafrecht zutreffen: für das Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung ist diese Unterteilung — sofern sie im einzelnen Falle praktisch überhaupt möglich ist — jedoch im Hinblick auf die Auskunftserteilung und deren Grenzen sehr bedeutsam.

Das *Fabrikationsgeheimnis* umfaßt alle geheimzuhaltenden Tatsachen, die sich auf die Fabrikation, auf den technischen Betrieb des Unternehmens beziehen. Es fallen darunter vor allem die

¹⁹² Ebenso Ronner 42 und Grünpeter 106/7; ausdrücklich § 112 III und 128 III DAG.

¹⁹³ Vgl. dazu die überaus weitgehenden kriegsbedingten Vereinfachungen im deutschen Gesellschaftsrecht während des zweiten Weltkrieges, SAG 16 (1943/44) 171 ff. und 17 (1944/45) 128 ff.

¹⁹⁴ So Hafter I 390. Zum Begriff des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses vgl. insbes. Ringier a.a.O. 26 ff. und Herold 30 ff.

technischen Geheimnisse, die nicht patentfähig oder solche, die des Patentschutzes fähig wären, für welche er aber nicht nachgesucht wird¹⁹⁵. Fabrikationsgeheimnisse sind etwa die Art der Herstellung der zum Absatz bestimmten Produkte, ferner die auf die Herstellung sich beziehenden Einrichtungen, Vorlagen und Verfahrensmethoden wie die Art der Mischung verschiedener Ingredienzen, die Wahl gewisser Temperaturgrade, die Zeitdauer ihrer Einwirkung, weiter chemische Mischungen, technische Manipulationen und Verbesserungen, besondere Maschinen, Modelle und Formen usw. Damit ein Fabrikationsgeheimnis vorliegt, muß zudem das Erfordernis einer gewissen relativen Neuheit erfüllt und das Geheimnis eine Eigentümlichkeit des betreffenden Betriebes sein. Ob und wann ein Fabrikationsgeheimnis vorliegt, kann daher nur in Würdigung aller Umstände des Einzelfalles bestimmt werden. Da diese Fabrikationsgeheimnisse sich durchwegs auf Tatsachen beziehen, an deren Geheimhaltung die Gesellschaft ein lebenswichtiges Interesse hat, muß der *Grundsatz einer unbedingten Wahrung der Fabrikationsgeheimnisse* aufgestellt werden. Der Aktionär hat daher in keinem Falle Anspruch auf Auskunftserteilung über Tatsachen, welche unter den Begriff des Fabrikationsgeheimnisses fallen. Diese Regel darf allerdings nicht übertrieben, m.a.W. der Begriff des Fabrikationsgeheimnisses im allgemeinen nicht allzu weit ausgelegt werden. Zu den Fabrikationsgeheimnissen gehören vor allem *Einzelheiten* des technischen Betriebes sowie allfälliger Forschungs- und Versuchsabteilungen eines Unternehmens. Dagegen fallen allgemeine Angaben über den Geschäftsgang der Fabrikationsabteilungen und über die technische Entwicklung des Unternehmens regelmäßig nicht unter den Begriff des Fabrikationsgeheimnisses¹⁹⁶. Im Zweifelsfall ist jedoch für die Geheimhaltung zu entscheiden, womit die Voraussetzungen einer gerechtfertigten Verweigerung der Auskunftserteilung, vorbehaltlich der Beurteilung durch den Richter, gegeben sind.

Die *Geschäftsgeheimnisse* umfassen den allgemeinen Geschäfts- und Handelsverkehr einer Gesellschaft. Es handelt sich dabei im allgemeinen um bestimmte Tatsachen oder Vorgänge geschäftlicher Natur, die nach dem Willen des Geschäftsinhabers nicht außer-

¹⁹⁵ Egger, N 43 zu Art. 28 ZGB.

¹⁹⁶ Vgl. etwa die Geschäftsberichte oder die Mitteilungen in den Generalversammlungen unserer Maschinenindustrie: z.B. NZZ, Nr. 911 vom 23. Mai 1944 und Nr. 775 vom 23. April 1947 (Escher Wyß Maschinenfabriken AG, Zürich): NZZ, Nr. 1980 vom 2. November 1946 und Nr. 2043 vom 11. November 1946 (Maschinenfabrik Oerlikon mit Angaben über eine neue Gasturbinenanlage und ein neuartiges elektrisches Fahrzeug).

halb des Betriebes stehenden Personen oder der Öffentlichkeit preisgegeben werden sollen¹⁹⁷. Die Geschäftsgeheimnisse haben also wesentlich kaufmännischen und nicht technischen Charakter. Es gehören dazu etwa Absatzbedingungen, Absatzgebiete, Kundenkreis, Umsatzzahlen, Bestellungseingänge, Kalkulationen, Einkaufspreise, Selbstkostenberechnungen, Verkaufsbedingungen, Skontoverabredungen mit einzelnen Kunden, die Art der Preisfestsetzung, Inventare, die kaufmännische Buchführung¹⁹⁸; auch der Plan, Ware zu besonders geeigneter Zeit und Gelegenheit plötzlich auf den Markt zu werfen; die Absicht, eine besondere Reklameaktion einzuleiten usw. Unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses fällt ferner vor allem auch die innere Organisation des Unternehmens oder der Gesellschaft (*Organisationsgeheimnis*), nicht aber etwa die Verkaufsorganisation oder die Methode der Personalausbildung¹⁹⁹, da es sich dabei um Tatsachen handelt, welche nach außen in Erscheinung treten und deshalb nicht geheimgehalten werden können. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses darf aber ebenfalls nicht überspannt werden. Er umfaßt regelmäßig nur die Einzelheiten des geschäftlichen Lebens, deren Bekanntgabe die Gesellschaft schädigen würde, also etwa die einzelnen Geschäftsabschlüsse, nicht aber das Geschäftsgebaren der Gesellschaft im großen und ganzen²⁰⁰. So fallen z.B. Einzelheiten über die Bindung zu oder die Abhängigkeit von anderen Unternehmen regelmäßig unter das Geschäftsgeheimnis, während die Tatsache der Zugehörigkeit zu Unternehmenszusammenfassungen an sich nicht verschwiegen werden darf, weil solche Angaben allgemeiner Art nicht schädlich sind²⁰¹. Auch über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Geschäftsgeheimnisses kann nur unter Würdigung der Sachlage des Einzelfalles entschieden werden. Dabei hat man sich in Grenzfällen ebenfalls für die Annahme eines Geschäftsgeheimnisses zu entscheiden, weil die Gesellschaft durch die Auskunftserteilung unter keinen Umständen geschädigt werden darf.

¹⁹⁷ BGE 65 I 49.

¹⁹⁸ Vgl. ZR 26, 103/4 für das Wertschriftenkonto.

¹⁹⁹ ZR 28, 194.

²⁰⁰ Ebenso Neidhardt 106.

²⁰¹ gl.M. G. Fischer 39/40 und Grünpeter 106. Vgl. auch die teilweise sehr weitgehenden Mitteilungen in den Geschäftsberichten schweizerischer Großunternehmungen über Beteiligungen und Tochtergesellschaften; so etwa NZZ, Nr. 1275 vom 18. Juli 1946 (Schweizerisch-Amerikanische Elektrizitäts-Gesellschaft, Zürich); NZZ, Nr. 1860 und 1863 vom 16. und 17. Oktober 1946 (Bank für elektrische Unternehmungen, Zürich); NZZ, Nr. 739 vom 18. April 1947 (Ciba Aktiengesellschaft, Basel).

2. Die Schranke des Mißbrauchs

Die Geltendmachung des Rechts auf Auskunftserteilung durch den Aktionär hat wie jede Rechtsausübung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu erfolgen; eine offenbar mißbräuchliche Ausübung findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 ZGB).

So einfach und einleuchtend dieser Grundsatz erscheint, so kompliziert ist seine Durchführung im konkreten Fall. Nicht nur mit der Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung haben sich jedoch die nachfolgenden Ausführungen zu befassen. Die Fragestellung muß vorerst noch weiter gehen und sich mit dem Problem auseinandersetzen, ob die dem Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung entgegenstehende Schranke des Mißbrauchs eventuell auf besonderen aktienrechtlichen Grundlagen beruht, ob sie sich vielleicht präventiv mit besonderen Abstufungsmöglichkeiten der Auskunftserteilung im einzelnen Falle fassen läßt oder ob für ihre Umschreibung auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Verbot des Rechtsmißbrauchs zurückzugreifen ist. Es bedarf deshalb vor der eigentlichen Untersuchung über die Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB im Hinblick auf das Aufschlußrecht des Aktionärs einer Auseinandersetzung mit dem Begriff der sogenannten Treuepflicht des Aktionärs und der Frage der Möglichkeit der Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs.

a) Die sog. Treuepflicht des Aktionärs

Ausgehend von der Auffassung der AG als einer reinen Gesellschaft und dem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben stellte C. W i e l a n d als erster das Prinzip der Treuepflicht auch für das Aktienrecht auf²⁰². Dieser an sich zutreffende Gedanke hat in der weiteren Entwicklung mannigfache Wandlungen durchgemacht. Der *rechtliche Charakter der Treuepflicht* wird von ganz verschiedenen Gesichtspunkten her bestimmt²⁰³ und dementsprechend die Treue-

²⁰² Wieland II 248/49: «Auch der Aktionär darf sich der jedem Gesellschafter als solchem obliegenden Treuepflicht nicht entziehen, sondern hat trotz erlaubter Verfolgung der eigenen Interessen das Wohl der Gesamtheit und der Mitgesellschafter mit im Auge zu behalten und zu fördern.»

²⁰³ Vgl. Heymann, Ernst: Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen. Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Carl Wieland, Basel 1934, 221 ff. (Treuepflicht als «mitgliedschaftliche Sonderpflicht», 230); Bergmann: Ueber den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen, ZHK 105 (1938) 1 ff. (Treuepflicht als «Verpflich-

pflicht einmal nur gegenüber der Gesellschaft, ein andermal auch unter den Aktionären bestehend, einerseits lediglich in negativem Sinne, andererseits auch wieder in positivem Sinne aufgefaßt. Es ist hier nicht der Platz, die Frage nach der rechtlichen Natur der AG zu stellen und die dualistische und monistische Theorie gegeneinander abzuwägen²⁰⁴. Ebenso wenig kann der Gedanke der aktienrechtlichen Treuepflicht bis zum Grunde verfolgt werden, um zu einer eindeutigen Bejahung oder Verneinung zu gelangen, sondern es soll lediglich versucht werden, die diesem Prinzip in seiner vertretbaren Umschreibung inwohnende Tragweite abzuklären und danach die Frage nach seiner Notwendigkeit zu stellen.

Auch das Problem der sog. Treuepflicht des Aktionärs ist, wenn Mißverständnisse vermieden werden sollen, auf Grund der gesetzlichen Ordnung zu beantworten²⁰⁵. Das revidierte OR spricht nun nirgends von einer solchen Pflicht. Zur Annahme einer mitgliedschaftlichen Sonderpflicht oder überhaupt einer Verpflichtung zu einem positiven Tun²⁰⁶ bietet das Gesetz vollends keine Handhabe, sondern lehnt im Gegenteil weitere, über die Zahlung des für den Bezug einer Aktie festgesetzten Betrages hinausgehende Verpflichtungen des Aktionärs ab (Art. 620 II und 680 I; noch deutlicher schon Art. 633 aOR). Von einem Großteil der Literatur wird daher eine bloß *negative Treuepflicht* vertreten, etwa als «Pflicht zur Unterlassung zweckstös-

tung gegenüber der Volksgemeinschaft», 10); Bez 201 (Treuepflicht aus dem Gedanken des «Unternehmens an sich» heraus); Bertsch 86/8 (Treuepflicht als Ausfluß des gesellschaftsvertraglichen oder -vertragsähnlichen Verhältnisses). Für die Ableitung der Treuepflicht als Anwendungsfall des Gebotes von Treu und Glauben vgl. Gloor 7, Anm. 22 und 118, Anm. 30. Ferner Schaffner 101 ff.

²⁰⁴ Für die Konstruierung eines unüberbrückbaren Gegensatzes zwischen Körperschaft und Gesellschaft spricht jedenfalls keine zwingende Notwendigkeit. Die AG ist nach der herrschenden und sicherlich zutreffenden Auffassung eine Körperschaft. Zwischen den Aktionären bestehen daher grundsätzlich keine direkten vertraglichen Beziehungen, sondern ihre Mitgliedschaft erschöpft sich in einem Rechtsverhältnis zur Körperschaft. Die AG muß aber trotzdem auch insofern als Gesellschaftsverhältnis betrachtet werden, als auch bei ihr gemeinsame Zwecke mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreicht werden sollen (eine ähnliche Betonung des Gesellschaftselementes findet sich auch in BGE 69 II 248). Aus diesem mehr ideellen Element aber die Theorie eines Gesellschaftsvertrages mit allen damit zusammenhängenden weitreichenden Folgen ableiten zu wollen, geht für eine Personenverbindung, deren Mitgliedschaft lediglich in einem Inhaberpapier verkörpert sein kann, unbedingt zu weit. Zu den Theorien über die rechtliche Natur der AG vgl. insbesondere Wieland I 400 ff. und II 70 ff.; Goldschmidt 30 ff.; Spieß 52 ff.; Ronner 1 ff. und dort zit. Literatur.

²⁰⁵ W. v. Steiger 255 a.

²⁰⁶ Eine solche Verpflichtung wird teilweise sogar für die außermitgliedschaftliche Sphäre angenommen, so mit einzelnen Vorbehalten Gloor 129 ff.

renden Verhaltens», jedoch grundsätzlich nur bei Ausübung der Mitgliedschaftsrechte²⁰⁷.

Es ist unbestritten, daß das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, m.a.W. das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, für das Gebiet des Gesellschaftsrechtes, wo es sich um Zusammenschlüsse zur gemeinsamen Verfolgung gemeinsamer Zwecke handelt, in erhöhtem Maße Bedeutung erlangt. Bei allen Formulierungen der Treuepflicht im negativen Sinne fällt aber auf, daß sie ihrem Inhalte nach durchwegs dem Verbot des Rechtsmißbrauchs nach Art. 2 ZGB gleichkommen. Das Postulat einer aktienrechtlichen Treuepflicht läuft daher immer wieder auf eine Anwendung von Art. 2 ZGB oder zum mindesten auf eine gesellschaftsrechtliche Abwandlung dieser Norm hinaus. Art. 2 ZGB beherrscht aber j e d e s rechtserhebliche Verhalten, somit auch die Ausübung der Mitverwaltungsrechte der Aktionäre. Inhalt und Auswirkungen dieses allgemeinen Gebotes und Verbotes bestimmen sich von Fall zu Fall nach dem zur Beurteilung gelangenden Rechtsverhältnis und Tatbestand. Art. 2 ZGB ist daher ohne weiteres auch im Aktienrecht anwendbar und *die Statuierung einer besonderen Treuepflicht somit überflüssig*. Auch der Hinweis auf die vielen mittleren und kleinen Aktiengesellschaften, die ein stark individualistisches Gepräge aufweisen²⁰⁸, begründet noch keine Notwendigkeit einer besonderen Treuepflicht, denn Art. 2 ZGB vermag bei richtiger Anwendung auch diesen Verhältnissen vollkommen gerecht zu werden. Nur die Formulierung der Treuepflicht als *lex specialis* im Sinne einer engeren Umschreibung vermöchte diesem Gedanken ein Lebensrecht neben bzw. vor Art. 2 ZGB zu verschaffen. Auch dieses Erfordernis wird aber durch die gegebenen Begriffsbestimmungen nicht erfüllt.

²⁰⁷ Siegwart, N 32 zu Art. 620; ähnlich Fromer, 215, als «Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern, bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte alles zu unterlassen, was eine Hintansetzung des Gesellschaftszweckes hinter die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen zum Schaden der Minderheitsaktionäre bedeutet» (dieser Begriff der Treuepflicht beschlägt allerdings nur das Gebiet des Mehrheitsmißbrauchs). Schaffner, 102/3, unterstellt den Aktionär nur als «Zelle eines Organs» der Treuepflicht und diese soll daher nur für diejenigen Handlungen bestehen, durch die der Aktionär als Teil eines Organs einen Einfluß auf die Geschäftsführung ausüben kann. Für eine negative Treuepflicht auch Grünpeter 30; Muheim 41/2; Bertsch 90/4; Düringer/Hachenburg, Einl. Anm. 79 und Dorpalen, ZHK 102 (1935) 1 ff. insbes. 22. Richtigerweise kann diese Treuepflicht jedoch — wie auch Benz in seiner nur den Personalgesellschaften gewidmeten Arbeit (Benz, Walther: Die Treuepflicht des Gesellschafters, Diss. Zürich 1947, 8/10) einleitend ausführt — nur gegenüber der AG und nicht gegenüber den einzelnen Mitaktionären angenommen werden.

²⁰⁸ Gloor 108 ff.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die Statuierung einer weitgehenden Treuepflicht, etwa als mitgliedschaftliche Sonderpflicht oder als vertragliche Pflicht zu positivem Tun, für das schweizerische Aktienrecht abzulehnen ist²⁰⁹. Eine so umschriebene Treuepflicht würde weder eine Grundlage im Gesetz finden, noch der rechtlichen Natur der AG und ihrem wirtschaftlichen Charakter entsprechen²¹⁰. Für die Herausbildung eines besonderen Prinzips der Treuepflicht im negativen Sinne besteht aber keine Notwendigkeit. Art. 2 ZGB genügt für den Schutz der Gesellschaft vor Schädigung durch mißbräuchliche Ausübung der Mitverwaltungsrechte und insbesondere des Rechts auf Auskunftserteilung vollkommen²¹¹. Er schafft zudem eine klare positiv-rechtliche Grundlage, während die Statuierung einer Treuepflicht nur geeignet ist, die Begriffe zu verwirren²¹². Diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn das persönliche Moment in der AG überbetont und daraus eine Treuepflicht abgeleitet wird, die derjenigen der reinen Personengesellschaft entspricht²¹³. Diese Verlagerung des Schweregewichts der Betrachtung auf die persönlichen Faktoren in der AG führt zu ebenso falschen Schlüssen wie das andere Extrem, die Ueberbetonung der reinen unpersönlichen Kapitalgesellschaft²¹⁴ als Zusammenfassung anonymer Kapitalien. Auch die AG ist schließlich auf den Mitgliedern aufgebaut, trotzdem sie vom persönlichen Substrat weit-

²⁰⁹ Ebenso schon Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 269; Zimmermann, *Buchführung*, 46 a; Grünpeter 29; Muheim 41; Goldschmidt 33/4 (dieser trotz einer im übrigen vertretenen extremen Gesellschaftstheorie) und Bürgi, N 11 zu Art. 680. Ferner Düringer/Hachenburg, *Einf. Anm.* 79.

²¹⁰ Dagegen ist eine solche Treuepflicht — selbst für Handlungen außerhalb der mitgliedschaftlichen Sphäre (Schaffner 103) — mit dem Wesen der Genossenschaft ohne weiteres vereinbar, vgl. Art. 866 und BGE 69 II 46. Für die reinen Personalgesellschaften vgl. ausführlich Benz a.a.O., im Verhältnis zum Informations- und Kontrollrecht (Art. 541 und 600 III) insbes. 96 ff.

²¹¹ Daher greift das Bundesgericht zur Bestimmung des Rechtsgrundes der Auflösung der AG aus wichtigen Gründen (Art. 736 Ziff. 4) nicht auf den Gedanken einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, sondern auf Art. 2 ZGB zurück, vgl. BGE 67 II 165. Ebenso führt auch das Reichsgericht trotz ausdrücklicher Anerkennung einer Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft (RGZ 146. 76 und 395/97; eine Treuepflicht der Aktionäre untereinander wird abgelehnt. RGZ 158, 254) die Verletzung dieser Treuepflicht auf den Rechtsmißbrauch (§ 242 BGB) zurück, vgl. RGZ 146, 396. Ebenso ausdrücklich Goldschmidt 33, Anm. 17 und 34. Auch die von Schaffner, 106 ff., angeführten Beispiele von Treuepflichtverletzungen können sämtliche auf Grund von Art. 2 ZGB gelöst werden.

²¹² W. v. Steiger 257 a.

²¹³ Ähnlich Siegwart, *Einf. N* 96. Dieser Gefahr verfällt besonders Gloor 117 ff.

²¹⁴ Das Bundesgericht scheint sich in seinen neueren Entscheiden zum Teil allerdings noch in vertretbarem Rahmen — in dieser Richtung zu bewegen, vgl. etwa BGE 67 II 164. Korrigierend dagegen BGE 69 II 248 (vgl. auch Bertsch 86. Anm. 50). Etwas zu weitgehend auch Bürgi, N 11 zu Art. 680.

gehend unabhängig ist²¹⁵. Der richtige Weg kann daher grundsätzlich nur in der Mitte liegen²¹⁶. Er führt aber jedenfalls nicht zur notwendigen Herausbildung eines besonderen Begriffes einer Treuepflicht des Aktionärs, denn «das Gesetz erfüllt seine Aufgabe überall da mit besonderen aktienrechtlichen Normen, wo es solcher bedarf, wo nur sie den angestrebten Zustand schaffen können. Der Gesetzgeber befließt sich dabei aber großer Zurückhaltung aus dem einen tragenden Gedanken heraus, daß es solcher Normen überall da nicht bedarf, wo die allgemeinen Prinzipien unserer Rechtsordnung bereits die Lösung an die Hand geben. Wir haben es nicht nötig, jedem illoyalen Gebaren mit einer besonderen Gesetzesbestimmung zu begegnen. Das allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauches gibt dem Richter immer wieder die nötige Waffe»²¹⁷.

b) Die Möglichkeit der Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs

Kann somit die Schranke des Mißbrauchs nicht auf dem Begriff einer Treuepflicht des Aktionärs aufgebaut werden, so stellt sich weiter die Frage, ob es noch andere spezielle, dem allgemeinen Grundsatz von Art. 2 ZGB vorgehende bzw. vorzuziehende Umschreibungsmöglichkeiten für die subjektive Schranke des Rechts auf Auskunftserteilung gibt. Dabei drängt sich vor allem die Frage nach einem *Präventivmittel* auf, das die Möglichkeit eines Mißbrauchs des Aufschlußrechtes überhaupt ausschließen würde. In diesem Sinne wird von verschiedenen Autoren die Forderung nach einer Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs erhoben. Ein allfälliger Mißbrauch soll dadurch verhindert werden, daß nur Aktionäre, die sich über einen dreimonatigen Aktienbesitz ausweisen können²¹⁸ oder solche, die ganz allgemein Gewähr dafür bieten, daß sie die gewonnenen Kenntnisse nicht mißbräuchlich verwenden, zur Geltendmachung des Rechts auf Auskunftserteilung berechtigt sein sollen. Diese Postulate bezwecken also, nur diejenigen Aktionäre am Aufschlußrecht teilhaben zu lassen, welche schon längere Zeit der Gesellschaft

²¹⁵ Hug, Revision, 21.

²¹⁶ Unter Vorbehalt von durch die wirtschaftliche Struktur bedingten Schweregewichtsverschiebungen.

²¹⁷ Egger, SJZ 34 (1937/38) 4.

²¹⁸ G. Fischer 72, 79.

angehören, Gelegenheits- oder Spekulationsaktionäre aber, welche nur kurze Zeit am Gesellschaftsleben teilnehmen, an einem Einblick in die Gesellschaftsverhältnisse zu hindern²¹⁹. Auch die Angst vor Konkurrenten, die in die Gesellschaft eindringen könnten, spielt bei diesen Anregungen eine große Rolle.

Diese Wünsche sind verständlich: die Vorschläge zu ihrer Verwirklichung gehen aber fehl. Es ist allerdings richtig, daß zwischen den einzelnen Aktionären oder Aktionärgruppen einer Gesellschaft individuelle Unterschiede bestehen können und in der Regel auch bestehen, welche wiederum *verschiedene Interessenlagen* bedingen. Es würde zu weit führen, in diesem Zusammenhang sämtliche der möglichen Gegenüberstellungen von Aktionärtypen aufzuzeigen²²⁰, sondern es sollen im folgenden nur jene Aktionärarten kurz charakterisiert werden, welche im Zusammenhang mit dem Recht auf Auskunftserteilung und im Hinblick auf die hier zu beantwortende Frage von Bedeutung sind. Dabei scheidet der Typus des Herrschafts-, Verwaltungs- oder Unternehmensaktionärs von vornherein von der Betrachtung aus, denn für ihn hat das Aufschlußrecht regelmäßig keine Bedeutung, weil er auf direktem Wege zu der von ihm gewünschten Aufklärung kommt²²¹. Dagegen ist das Recht auf Auskunftserteilung von wesentlicher Bedeutung für den nicht der Verwaltungsgruppe angehörenden Aktionär, der regelmäßig zugleich Minderheits- oder Kleinaktionär sein wird. Diese Aktionäre können ihrem Gewinnstreben — denn dieses allein wird bei ihnen in der Regel Beweggrund zum Beitritt sein — nun aber in verschiedener Weise nachgehen. Sie können entweder von einem dauernden Bezug von Dividenden oder einem vorteilhaften Verkauf der Aktien nach relativ kurzer Zeit profitieren wollen. Diese verschiedenartigen Ziele führen selbstverständlich auch zu verschiedener Einstellung gegenüber der Gesellschaft.

Als Normaltyp ist vom Aktionär, der eine dauernde Kapitalanlage sucht und der dementsprechend *Dauer- oder Anlageaktionär* genannt wird, auszugehen. Die Interessen der Daueraktionäre decken sich im wesentlichen mit denjenigen der Gesellschaft; sie sind wie die Bestrebungen einer verantwortungsbewußten Verwaltung auf Festigung des Unternehmens und Dividendenstabilisierung in tragbarem Rah-

²¹⁹ Vgl. G. Fischer 73; Bericht der deutschen Aktienrechtskommission, bei Müller-Erzbach, Umgestaltung, 22; Ausschuß I 259.

²²⁰ Vgl. dazu die einläßliche Uebersicht bei Siegwart, Einl. N 221 ff. Ferner Bossard 43 ff.; Düringer/Hachenburg, Einl. Anm. 111 ff.; Haußmann, Aktienwesen, 85; Bez 141 ff.

²²¹ Vgl. vorne 100.

men gerichtet. Die Verwaltung wird daher bei diesen Aktionären für alle Maßnahmen, die im Interesse der Gesellschaft geboten erscheinen, Verständnis finden, und zwar umso eher, je mehr sie die Aktionäre über die Gesellschaftsverhältnisse und die zu treffenden Maßnahmen sachlich aufklärt und ihren berechtigten Begehren um Auskunftserteilung in großzügiger Weise entgegenkommt.

Diesem Normaltypus des Aktionärs steht die Gruppe der *Gelegenheits- oder Spekulationsaktionäre* gegenüber, deren Interessen denjenigen der Gesellschaft sehr oft entgegengerichtet sind. Sie tendieren auf möglichst hohe Dividendenausschüttungen, um in der kurzen Zeit ihres Aktienbesitzes das Maximum aus ihren Aktien bzw. aus der Gesellschaft herauszuziehen oder von einem steigenden Börsenkurs zu profitieren. Diese Art von Aktionären findet vor allem in Zeiten wirtschaftlicher Erschütterungen oder in Konjunkturperioden weite Verbreitung. Der Typus des ausgesprochenen Spekulationsaktionärs²²² ist aber, besonders in Zeiten wirtschaftlicher Konsolidierung, eine Ausnahmeerscheinung. So dürfen gerade die Verhältnisse in der Schweiz in dieser Beziehung als durchaus gesund bezeichnet werden; die Aktien der meisten großen Gesellschaften befinden sich in schweizerischem Eigentum und die Besitzverhältnisse sind in der Regel breit und stabil verlagert. Die repräsentativen schweizerischen Unternehmen sträuben sich denn auch gegen Tendenzen, aus ihren Aktien Spekulationspapiere zu machen.

Trotzdem stellt sich die Frage, ob es zulässig sei, die subjektiven Verhältnisse des Aufschluß begehrenden Aktionärs in Betracht zu ziehen und die Auskunftserteilung je nach dem zu verweigern oder zum mindesten ihren Umfang zu vermindern. Denn nicht nur zur Befriedigung spekulativer Interessen kann eine Auskunftserteilung begehrt werden; das Recht auf Auskunftserteilung kann in beschränktem Maße auch für *Konkurrenzinteressen* mißbraucht werden. Es wird für einen Konkurrenten in der Regel nicht schwierig sein, Aktien einer Gesellschaft mit der Absicht zu erwerben, sich damit Einblick in die Gesellschaftsverhältnisse zu verschaffen. Solche «Aktionäre mit geteiltem Interesse»²²³ können nun selbstverständlich nicht das gleiche Entgegenkommen in der Erteilung von Aufschlüssen wie loyale Aktionäre erwarten. Es erscheint daher grundsätzlich als gerechtfertigt, diese subjektiven Momente bei der Auskunftserteilung zu berücksichti-

²²² Rathenau, 27/8, charakterisiert ihn mit nicht zu überbietender Schärfe.

²²³ Siegwart, Einl. N 244.

²²⁴ Siegwart, Einl. N 241; ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 158 und 183; Peyer 59; Lehner 84; Lasserre 70; Hagmann 50/1.

gen und etwa einem Daueraktionär ein weitergehendes Aufschlußrecht zuzugestehen als einem Aktionär, dessen Aktienbesitz offenbar nur ein spekulativer ist²²⁴.

Rechtliche Bedenken würden sich gegen diese Ansicht nicht anführen lassen, insbesondere stünde der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre²²⁵ dieser Abstufung der Auskunftserteilung nicht entgegen. Das Gleichbehandlungsprinzip besitzt keine absolute Geltung; es kann nicht als absolute Norm in dem Sinne aufgefaßt werden, daß die Rechtsstellung aller Aktionäre notwendig die gleiche sein muß²²⁶. Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann vielmehr nur relative Geltung beanspruchen und bedeutet dementsprechend, daß zwar grundsätzlich alle Aktionäre Anspruch auf gleichmäßige Behandlung seitens der Gesellschaft bzw. deren Organe haben, daß aber eine ungleiche Behandlung statthaft ist, wenn sie sich im Hinblick auf die wohlverstandenen Interessen der Gesellschaft rechtfertigen läßt²²⁷. Dem Gleichheitsgrundsatz ist daher Genüge getan, wenn die Organe der Gesellschaft alle Aktionäre so weit gleich behandeln, als nicht Abweichungen im Interesse der Gesamtheit der Gesellschafter an der Verfolgung des Gesellschaftszweckes unumgänglich notwendig sind. Eine ungleichmäßige Behandlung ist somit «dort, aber auch nur dort zulässig, wo sie ein angemessenes Mittel zu einem gerechtfertigten Zweck darstellt, also nicht unsachlich ist»²²⁸, womit das Gleichheitsprinzip auf ein «Verbot der willkürlichen Schlechterstellung»²²⁹ beschränkt wird. Diese Voraussetzungen sind nun aber bei einer Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs, bzw. seinen Interessen und dem Zweck, zu welchem er sein Aufschlußbegehren stellt, offensichtlich gegeben, sodaß die ungleichmäßige Behandlung rechtlich zulässig wäre.

Hingegen lassen sich praktische und letzten Endes ausschlaggebende Bedenken gegen eine solche Abstufung der Auskunftserteilung nach den subjektiven Verhältnissen des Aufschluß begehrenden Aktionärs vertreten. Wenn einer mißbräuchlichen Verweigerung der Auskunftserteilung durch die Verwaltung nicht Tür und Tor geöffnet

²²⁵ Vgl. dazu ausführlich Spieß; Wehrli, SAG 16 (1943/44) 189 ff.; ZR 37, 169/70; SJZ 39 (1942/43) 569 ff. (Urteil des Handelsgerichts Zürich); BGE 69 II 248/49.

²²⁶ BGE 69 II 250 und Handelsgericht Zürich a.a.O. 570; ferner Spieß 64/5 und R. Fischer 352/53.

²²⁷ Ebenso Wieland II 201; Siegwart, Einl. N 235; Spieß 66/7; Peyer 103/4; F. v. Steiger 173 ff.; BGE 69 II 250 (für die Genossenschaft BGE 69 II 48/9).

²²⁸ BGE 69 II 250.

²²⁹ Weiß 519.

werden soll, muß verlangt werden, daß die Voraussetzungen für eine gerechtfertigte Verminderung oder Verweigerung der Auskunftserteilung offenbar vorliegen oder dann strikte bewiesen werden müssen. Dieser *Nachweis* wird aber durchwegs schwer zu erbringen, wenn nicht unmöglich sein, denn das Gegebensein dieser oder jener Interesselage läßt sich in der GV nicht nachweisen²³⁰. Eine Unterscheidung des Daueraktionärs vom Gelegenheits- oder Spekulationsaktionär und die Ableitung von rechtlichen Konsequenzen aus der tatsächlichen Verschiedenheit dieser Aktionärarten ist deshalb *praktisch kaum durchführbar*²³¹. In der Praxis wird daher das Hauptanwendungsgebiet des an und für sich vertretbaren Grundsatzes einer Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs beim Richter liegen. Dieser vor allem wird im Sinne einer genauen Tatbestandswürdigung auf bewiesene Behauptungen der Verwaltung hin diese subjektiven Momente bei seinem Entscheid berücksichtigen können. Dagegen ist dieses Präventivmittel einer Abstufungsmöglichkeit der Auskunftserteilung offenbar nicht geeignet, als allgemeiner Grundsatz für die Umschreibung der Schranke des Mißbrauchs des Aufschlußrechts zu dienen.

Es ist rechtlich unmöglich, einem Aktionär, der nur zu Konkurrenz- oder Spekulationszwecken von seinem Recht auf Auskunftserteilung Gebrauch macht, seine ihm vom Gesetz zugestandenen, klar umschriebenen Rechte, wie das Recht auf Teilnahme an der GV, das Stimmrecht usw., zu entziehen. Wo aber die rechtliche Stellung des Aktionärs eine unabgeklärte und dehnbare ist — wie dies bei Art. 697 zutrifft, der nichts über den materiellen Inhalt des Aufschlußrechtes bestimmt —, wird es ohne weiteres gerechtfertigt sein, eine gegen die Gesellschaft gerichtete Einstellung des Aktionärs zu seinem Nachteil sich auswirken zu lassen²³². Dieser Grundsatz wird aber nach dem vorher Gesagten vorwiegend ein *rechtsethisches Postulat* bleiben, dessen Anrufung der Verwaltung allerdings nicht verwehrt werden kann, wenn die Notwendigkeit einer Verweigerung der Auskunftserteilung aus diesem Grunde sich aufdrängt und deren Voraussetzungen gegeben sind. Diese Voraussetzungen sind aber nur dann gegeben, wenn

²³⁰ Ebenso Müller-Erbach, Umgestaltung, 25. Es genügt, diesbezüglich an eine GV einer größeren AG mit Inhaberaktien zu denken. Bessere Differenzierungsgrundlagen schaffen dagegen Namenaktien und besonders die Möglichkeit der Vinkulierung, womit unliebsame Aktionäre von vornherein am Eintritt in die AG gehindert werden können.

²³¹ Goldschmidt 42.

²³² Siegwart, Einl. N 244.

die Absicht eines Mißbrauchs des Rechts auf Auskunftserteilung nachgewiesen werden kann bzw. offenbar ist. Auch das Postulat der Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs führt somit — soweit es Anwendung finden kann — auf den Nachweis der Voraussetzungen von Art. 2 ZGB zurück.

c) Die Schranke von Art. 2 ZGB

Trotzdem in den vorhergehenden Ausführungen die Statuierung einer besonderen aktienrechtlichen Treuepflicht sowie die Anwendung eines besonderen Präventivmittels gegen den Mißbrauch des Aufschlußrechtes des Aktionärs abgelehnt wurden, erscheint es als selbstverständlich, daß der Aktionär seine Mitverwaltungsrechte nicht zum Zwecke der Schädigung der Gesellschaft geltend machen darf. *Eine rechtsmißbräuchliche Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung kann daher keinen Rechtsschutz genießen*²³³. Die einzige Norm, die uns einen Maßstab für die Abgrenzung dieser subjektiven Schranke des Aufschlußrechtes des Aktionärs geben kann, ist somit Art. 2 ZGB, insbesondere das in Art. 2 II ZGB ausgesprochene Verbot des Rechtsmißbrauchs, dessen Inhalt und Tragweite und vor allem dessen Anwendung auf dem Gebiete der aktienrechtlichen Auskunftserteilung im folgenden noch kurz abzuklären sind.

Die allgemeine Norm von Art. 2 ZGB ist das Eingeständnis des Gesetzgebers, daß es bei der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht möglich ist, alle möglichen Fälle zu übersehen und die entsprechenden Ansprüche erschöpfend zu regeln. Dem *Grundsatz von Treu und Glauben* kommt die Aufgabe zu, diese Unzulänglichkeiten des geschriebenen Rechts auszugleichen²³⁴. Das *Verbot des Rechtsmißbrauchs* im besonderen bedeutet, daß die subjektiven Rechte, über die ihnen durch die gesetzliche Einzelregelung gegebene inhaltliche Bestimmung und Begrenzung sowie über besondere Mißbrauchsverbote hinaus, eine Schranke im Grundsatz von Treu und Glauben finden. Da alle subjektiven Rechte vom Gesetzgeber um bestimmter Zwecke willen anerkannt und dementsprechend geregelt werden — als richtiges Mittel zu richtigem Zweck —, ist Rechtsmißbrauch insbesondere dann anzunehmen, «wenn eine Norm nicht in Verfolgung der ihr innewohnenden, sondern zu ganz anderen, ihr fremden Zwecken angerufen» und

²³³ Ebenso für das deutsche Recht Fillié 50 («gute Sitten» § 138 BGB) und Dech 54.

²³⁴ Vgl. BGE 40 III 160 und 72 II 42.

angewendet wird²³⁵. So liegt auch der Mißbrauch des Rechts auf Auskunftserteilung allgemein gesprochen in seiner *Zweckentfremdung*, die nachfolgend noch näher zu umschreiben sein wird.

Das Gesetz verlangt, daß der Rechtsmißbrauch ein *offenbarer* sei. Diese Einschränkung ist notwendig, um nicht gegen alle und jede Rechtsausübung die Geltendmachung von Art. 2 II ZGB zu provozieren. Grundsätzlich muß davon ausgegangen werden, daß der Aktionär, dem das Gesetz das Recht auf Auskunftserteilung zugesteht, auch befugt ist, von diesem Recht Gebrauch zu machen, denn «wer sich für sein Verhalten auf klare Bestimmungen von Vertrag oder Gesetz berufen kann, hat die Vermutung für sich, daß er sich in den Schranken des Rechts gehalten habe»²³⁶. Die *Beweislast* dafür, daß sich die Ausübung des Aufschlußrechts im Einzelfall als eine unzulässige Rechtsausübung darstelle, trifft nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB in vollem Umfange die den Rechtsmißbrauch behauptende und die Auskunftserteilung deshalb verweigernde Verwaltung; sie hat den zweifelsfreien Nachweis zu erbringen, daß die Ausübung des Aktionärrechtes unter den gegebenen Umständen eine gröbliche Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben bedeutet²³⁷.

Der Zweck des Rechts auf Auskunftserteilung ist die sachliche Aufklärung des Aktionärs als Kapitalgeber und mitbeteiligter Gesellschafter an der Verwaltung des Kapitals und der Geschäftsführung schlechthin²³⁸. Der *Nachweis des Mißbrauchs* ist also erbracht, wenn belegt werden kann, daß der Aktionär mit seinem Aufschlußbegehren ausschließlich oder vorwiegend andere Zwecke als den der sachlichen Aufklärung, daß er damit insbesondere nur Konkurrenzinteressen, schikanöse Zwecke, Geschäftsspionageabsichten oder überhaupt Schädigungsabsichten verfolgen will. Hier die Grenzen abzustecken, muß völlig dem Ermessen des Richters im Einzelfall anheimgestellt werden, der nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu entscheiden hat. Die Rechtsprechung stellt denn auch mit Recht *strenge Anforderungen* an die Anrufung des Rechtsmißbrauchs. Eine etwas rücksichts-

²³⁵ Egger, N 32 zu Art. 2 ZGB. Vgl. dazu auch Weiß, Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen zum ZGB und OR, I und II zu Art. 2 ZGB; insbes. BGE 53 II 98/9, 55 II 133/34, 72 II 43.

²³⁶ Egger, N 28 zu Art. 2 ZGB.

²³⁷ Ebenso das Reichsgericht für das Anfechtungsrecht, RGZ 146, 396/97. Bei der Würdigung dieses Nachweises ist auch die Erfahrungstatsache zu beachten, daß immer dann Rechtsmißbrauch behauptet wird, wenn man um andere stichhaltigere Einreden verlegen ist.

²³⁸ Vgl. auch die Umschreibung des Reichsgerichts, RGZ 167, 162. Nicht rechtsmißbräuchlich deshalb ein Aufschlußbegehren zum Zwecke der Aufdeckung allfälliger Fehler oder Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung.

lose Verfolgung eigener Interessen unter Hintansetzung der Interessen anderer ist jedenfalls noch nicht rechtsmißbräuchlich²³⁹, denn es darf nicht außer acht gelassen werden, daß es stets rein persönliche Beweggründe sind, die den einzelnen veranlassen, einer AG beizutreten, und daß er ihr auch nur so lange angehören wird, als er dies mit Rücksicht auf seine eigenen wirtschaftlichen Interessen für richtig hält. Der Aktionär wird dementsprechend in der Regel von seinen Rechten nur dann und insoweit Gebrauch machen, als ihm dies (auch) im Hinblick auf seine persönlichen Zwecke und Ziele richtig erscheint. Ein Aufschlußbegehren ist deshalb nicht schon dann mißbräuchlich, wenn es nicht mehr durch die Wahrung der gemeinsamen Interessen gerechtfertigt ist²⁴⁰, sondern erst dann, wenn es jeder sachlichen Rechtfertigung entbehrt, m.a.W. nur einer durch irgendwelche Interessen bedingten Schädigungsabsicht oder schikanösen Gründen entspringt. In diesem Rahmen kann der Aktionär daher auch seine persönlichen Interessen — sogar gegen die Interessen der Gesellschaft bzw. der Gesamtheit der Aktionäre — verfolgen, weil er in keiner Weise rechtlich verpflichtet ist, alle seine Handlungen nur im Interesse der AG vorzunehmen, ihm vielmehr nur verboten ist, seine Mitverwaltungsrechte gegen Treu und Glauben — also vor allem zum Schaden der Gesellschaft — geltend zu machen.

Diese Möglichkeit des Mißbrauchs des Aufschlußrechtes und damit der Schädigung der Gesellschaft bleibt aber insofern eine ganz geringe, als durch die objektive Schranke des Gesellschaftsgeheimnisses dafür gesorgt ist, daß der Aktionär keine Kenntnisse erlangt, die er zum Nachteil der Gesellschaft verwenden könnte²⁴¹. Das ist immerhin wichtig, denn der Aktionär ist nicht zur Geheimhaltung der ihm bekannten oder bekanntgewordenen Gesellschaftsverhältnisse verpflichtet²⁴², dies im Gegensatz zum Gesellschafter in den reinen Personengesellschaften, für den ein absolutes Verbot der treuwidrigen Verwendung der durch die Einsicht erlangten Kenntnisse gilt²⁴³, was nur schon darum notwendig erscheint, weil seinem Kontrollrecht keine materiel-

²³⁹ BGE 64 II 344 in einem Entscheid zum Quellenrecht; vgl. auch Weiß a.a.O. Sa. II, Nr. 163.

²⁴⁰ Goldschmidt 101/2.

²⁴¹ Umso abwegiger erscheint deshalb die mit der Mißbrauchsmöglichkeit — die für alle Rechte besteht — begründete Ablehnung eines Auskunftsrechts des Aktionärs durch das Reichsgericht unter der Geltung des HGB, vgl. RGZ 82, 182 ff. Gegen diese Begründung auch Netter, Auskunftspflicht, 48/9.

²⁴² Ebenso Zimmermann, Buchführung, 46 a und Hagmann 50.

²⁴³ Vgl. dazu Siegwart, N 2 zu Art. 541; Gloor 31 ff. und Benz (zit. vorne 162, Anm. 207).

len Schranken entgegenstehen. Eine so weitgehende Verpflichtung könnte für den Aktionär — abgesehen davon, daß eine Notwendigkeit hierfür nicht besteht — schon deshalb nicht vertreten werden, weil der Aktionär über den allgemeinen Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben hinaus zu keiner irgendwie gearteten Treuepflicht gegenüber der AG verpflichtet werden kann. Das bedeutet wiederum nicht, daß der Aktionär nicht für einen *allfällig entstehenden Schaden*, den er absichtlich oder fahrlässig herbeigeführt hat, einzustehen hätte, wenn ihm nachgewiesen werden kann, daß er sein Aufschlußrecht offenbar mißbräuchlich ausgeübt hat, um gerade diese Schädigung zu erreichen. Hier erlangt nun die Frage der Anerkennung einer vertraglichen Treuepflicht des Aktionärs insofern praktische Bedeutung, als je nach Anerkennung oder Ablehnung einer solchen ein vertraglicher oder außervertraglicher Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem sie schädigenden Aktionär entsteht. Eine rechtsmißbräuchliche Ausübung von Aktionärrechten, die zu einer Schädigung der Gesellschaft führt, kann nun aber keinesfalls als eine Vertragsverletzung angesprochen werden, wie die Anhänger der reinen Gesellschaftsvertragstheorie behaupten, und es kann demgemäß auch nicht Art. 97 zum Zuge kommen²⁴⁴. «Das Vertragsähnliche im Nebeneinander der Aktionäre» geht nicht so weit²⁴⁵, sodaß ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Gesellschaft auf Art. 41 zu stützen wäre.

3. Die gerechtfertigte Verweigerung der Auskunftserteilung

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß dem Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung zwei Schranken, eine objektive und eine subjektive, entgegenstehen. Die objektive Schranke besteht in der Wahrung des Gesellschaftsgeheimnisses, die subjektive im Verbot des Rechtsmißbrauchs. Die allgemeine Erfahrung, daß sich zur Abgrenzung des materiellen Inhaltes eines subjektiven Rechts objektive Kriterien besser eignen, bestätigt sich auch auf dem Gebiete der aktienrechtlichen Auskunftserteilung. Während die objektive Schranke einen sehr guten Maßstab zur notwendigen Beschränkung des Aufschlußrechts abgibt und damit eine große praktische Bedeutung erlangt, bleibt die subjektive Schranke ihrem Wesen nach auf ein sehr kleines praktisches Anwendungsgebiet beschränkt. Die Schranke des

²⁴⁴ a.M. Fromer, ZSR 62 (1943) 591 a/92 a.

²⁴⁵ Siegwart, Einl. N 231.

Mißbrauchs stellt ein Kriterium zur Verfügung, das vielleicht im Einzelfall sehr erheblich sein mag, in seiner praktischen Anwendung jedoch für einen umfassenden Schutz der Gesellschaft allein nicht genügen wird, weil es — abgesehen von den Beweisschwierigkeiten — rein subjektiv und nur in der Person des Aufschluß begehrenden Aktionärs zu suchen ist²⁴⁶. Praktisch maßgebend für eine Verweigerung der Auskunftserteilung wird daher in den weitaus meisten Fällen das objektive Kriterium, das Interesse der Gesellschaft an der Wahrung der Geheimsphäre, sein. Der sachliche Gesichtspunkt der Wahrung des Gesellschaftsgeheimnisses wird auch der Verwaltung einen besseren praktischen Maßstab zur Bestimmung des Umfanges der Offenlegung im Einzelfall in die Hand geben, als das die Untersuchung der Beweggründe des einzelnen Aktionärs vermöchte.

Primäre und praktisch wichtigste Schranke der aktienrechtlichen Auskunftserteilung ist somit die Frage, ob dem verlangten Aufschluß ein Gesellschaftsgeheimnis entgegenstehe oder nicht. Damit stellt sich *das Problem des Vorranges der Geheimhaltung oder der Offenlegung*. Diese Frage wird allerdings nur bei relativen Gesellschaftsgeheimnissen Bedeutung erlangen, denn die absoluten Gesellschaftsgeheimnisse müssen als Rechtspflicht gegenüber Dritten unbedingt gewahrt bleiben. Ob es sich ferner bei den der Auskunftserteilung entgegenstehenden Tatsachen um ein Fabrikations- oder ein Geschäftsgeheimnis handelt, spielt nicht die ausschlaggebendste Rolle. Ihre Unterscheidung im Einzelfall ist meistens schwierig; ist sie möglich, so erleichtert das die Stellungnahme zum Aufschlußbegehren insofern, als beim Vorliegen eines unzweifelhaften Fabrikationsgeheimnisses die Auskunftserteilung ohne weiteres verweigert werden kann. Wesentlich ist dagegen jedenfalls, ob überhaupt ein zu wahrendes Geheimnis vorliegt. Auch diese Frage ist wiederum nicht einfach zu entscheiden und kann auf jeden Fall nicht mit allgemeinen, genau umschriebenen Regeln oder absoluten Maßstäben gelöst werden, weil das Gesellschaftsgeheimnis seinem Wesen nach immer relativ ist. Für die Voraussetzungen der gerechtfertigten Verweigerung der Auskunftserteilung können deshalb nur allgemeine Grundsätze im Sinne von *Richtlinien* herausgebildet werden. Ausschlaggebend für die Frage des Vorliegens eines Gesellschaftsgeheimnisses muß immer der *Einzelfall* bleiben²⁴⁷, denn die durch besondere Verhältnisse bedingte Interessenlage einer Gesellschaft zeigt innerhalb der Gesell-

²⁴⁶ Ebenso Ronner 41/2.

²⁴⁷ Ebenso Hafter, Bes. Teil I 390, für das Strafrecht.

schaft selbst zu verschiedenen Zeiten sowie im Vergleich zu anderen Gesellschaften jedesmal ein anderes Gesicht.

Unabhängig von den Imponderabilien des Einzelfalles bestehen aber doch einzelne feststehende *äußere Faktoren*, welche eine besondere Abgrenzung des Gesellschaftsgeheimnisses im einzelnen Falle bewirken und damit einen Einfluß auf den Umfang der Auskunftserteilung haben. Dabei spielt die *wirtschaftliche oder rechtliche Struktur der einzelnen AG* eine ausschlaggebende Rolle. Die Rechtsform der AG reicht vom kleinen Unternehmen mit beschränktem, mehr oder weniger geschlossenem Aktionärkreis bis zu den Großunternehmungen des modernen wirtschaftlichen Verkehrs hinauf; zwischen den beiden Extremen finden sich die mannigfaltigsten Uebergänge²⁴⁸. Diese Unterschiede können nun selbstverständlich nicht ohne Einfluß auf den Umfang der Auskunftserteilung bzw. auf die Abgrenzung ihrer Schranken bleiben, weil mit diesen Unterschieden in der wirtschaftlichen Struktur der einzelnen Gesellschaft zugleich die Struktur der Aktionärschaft bzw. der GV bestimmt wird, womit je nach deren Zusammensetzung die Schranken der Auskunftserteilung enger oder weiter zu ziehen sind. So kann in Gesellschaften mit kleinem Aktionärbestand, mit persönlich verbundenen Aktionären und insbesondere in *Familienaktiengesellschaften*²⁴⁹ die Auskunftserteilung ohne Schwierigkeiten eine sehr weitgehende sein²⁵⁰ und für eine Wahrung von Gesellschaftsgeheimnissen teilweise kein Bedürfnis mehr bestehen. Sodann kann sich aus der Tatsache des Bestehens von Aktiengesellschaften, deren sich der Staat oder andere öffentlichrechtliche Körperschaften zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben bedienen, eine Erweiterung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung im Sinne eines Vorranges der Notwendigkeit der öffentlichen Rechenschaftsablegung vor der strikten Aufrechterhaltung einer gesellschaftlichen Geheimsphäre ergeben. Diese Verschiebung des Schwergewichts wird den betreffenden *öffentlichen oder gemischtwirtschaftlich organisierten Aktienunternehmen* umso weniger zum Schaden gereichen, als sie oftmals eine Monopolstellung innehaben.

Eine weitere erhebliche Beeinflussung des Umfanges der Auskunftserteilung und der Abgrenzung ihrer Schranken ergibt sich aus dem *Zeitpunkt*, in welchem die Aufschlüsse verlangt werden. Im Gründungsstadium darf der Begriff des Gesellschaftsgeheimnisses nicht all-

²⁴⁸ Vgl. die statistisch belegte Uebersicht bei Gloor 111 und 113.

²⁴⁹ Dazu Zeller, Max: Die Familien-AG nach dem revidierten Obligationenrecht, Diss. Bern 1940.

²⁵⁰ Ebenso Lehner 40 und Henggeler, Kontrollrecht, 157; ähnlich Bossard 141.

zu weit gefaßt werden, da die Notwendigkeit einer umfassenden Klärung des Gründungsherganges sehr hoch eingeschätzt werden muß. Diesem Ziele dienen auch die sehr einläßlichen Publizitätsvorschriften des Gesetzes. Bei der Auskunftserteilung während der Geschäftstätigkeit der AG ist wieder zwischen ordentlichen und außerordentlichen Verhältnissen zu unterscheiden. Liegen außerordentliche Verhältnisse vor²⁵¹, so entspricht der früher verlangten positiven Umfangserweiterung im negativen Sinne eine sehr viel weniger weitgehende Abgrenzung der Geheimsphäre. Ganz einschneidend ist schließlich der Einfluß, der sich aus dem Auflösungszeitpunkt auf die Abgrenzung des Gesellschaftsgeheimnisses ergibt. Wird eine AG tatsächlich liquidiert, so ist eine Gefährdung von Interessen der Gesellschaft durch Begehren um Auskunftserteilung kaum mehr zu befürchten. Eine schützenswerte Geheimsphäre ist nur noch so weit vorhanden, als die Interessen von Dritten, Kunden, beteiligten Unternehmen usw. durch eine Offenlegung beeinträchtigt werden könnten.

Abgesehen von diesen Einflüssen durch äußere feststehende Faktoren können nun aber noch weitere *allgemein geltende Grundsätze* aufgestellt werden, welchen zur Erfüllung der Voraussetzungen einer gerechtfertigten Verweigerung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung nachgelebt werden muß. Die Verweigerung ist vorerst nur zulässig, sofern ein *echtes Gesellschaftsgeheimnis* auf dem Spiele steht. Diese Prämisse enthält weitere Grundsätze. Unter den Begriff des Gesellschaftsgeheimnisses fallen nicht solche Tatsachen, deren Bekanntgabe die Gesellschaft möglicherweise schädigen würde; die Auskunftserteilung darf vielmehr nur verweigert werden, wenn eine Schädigung mit Bestimmtheit zu erwarten ist. Ist das nicht der Fall, dann liegt auch kein echtes Gesellschaftsgeheimnis vor. Eine andere Auffassung würde dem Mißbrauch Tür und Tor öffnen und das Aufschlußrecht des Aktionärs möglicherweise überhaupt illusorisch machen, weil dann für jede Tatsache, die aus irgendwelchen Gründen verschwiegen werden soll, ein zu schützendes Gesellschaftsgeheimnis vorgeschoben werden könnte. Ferner müssen stets *sachliche Gründe für die Geheimhaltung* vorliegen²⁵². Angaben dürfen nicht deshalb verschwiegen werden, weil sie der Verwaltung unbequem sind oder Mißstände an den Tag bringen könnten; nur vorgeschobene, unechte Gesellschaftsgeheimnisse genießen keinen Schutz. Zur Verweigerung der Auskunftserteilung gegenüber einem Aktionär genügt sodann

²⁵¹ Darunter fallen vor allem die Fälle von Sanierungen, vgl. Henggeler, Kontrollrecht, 184.

²⁵² Ebenso Bez 171 ff.; Fügart 31; Grünpeter 107.

nicht nur der allgemeine Hinweis auf die Gesellschaftsinteressen, sondern es müssen *spezielle, konkret vertretbare Gründe*, die eine Geheimhaltung rechtfertigen können, geltend gemacht werden²⁵³, ohne daß damit natürlich das Geheimnis selbst offenbart wird. Kein ausreichender Grund für eine Verweigerung ist in der Regel das Prestige der AG oder der Kurs ihrer Aktien²⁵⁴. Unzureichend ist auch der Hinweis auf die Uebung bei anderen Gesellschaften, weil Gesellschaftsgeheimnisse immer relativ zu fassen sind.

In der Praxis wird zugunsten der Verweigerung der Auskunftserteilung in erster Linie immer wieder die *Konkurrenzgefahr* angerufen²⁵⁵. Es ist einleuchtend, daß die Aufschlußerteilung an die Aktionäre der interessierten Konkurrenz keine Hinweise, deren sie sich zum Schaden der Gesellschaft bedienen könnte, geben soll. Diese Gefahr besteht vor allem, wenn Aufschlüsse verlangt werden, die die Fabrikationsphäre der Gesellschaft betreffen. Fabrikationsgeheimnisse sind aber nach den früheren Ausführungen sowieso absolut geschützt. Dagegen kann der Einwand der Konkurrenzgefahr für die Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen oder insbesondere von allgemeinen Aufschlüssen über die Lage der Gesellschaft nur bedingt anerkannt werden. Es ist unbestritten, daß die Konkurrenzgefahr der größte Feind jeglicher Publizität ist. Die Ueberlegenheit des einzelnen Unternehmens besteht in der größeren Anpassungsfähigkeit an die Anforderungen seiner Abnehmer. Das alleinige Wissen um diese Interna stellt daher für jedes Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil dar, dessen Preisgabe erheblichen Schaden bewirken kann. Andererseits kann es aber auch im Interesse des Unternehmens liegen, bestimmte Angaben — etwa seine Gewinne, die Vorzüge seiner Waren, seine Preise oder Produktionsverfahren usw. — vor denen seiner Konkurrenten bekanntzugeben, um im Kampf um den Absatz zu siegen. Die Konkurrenzgefahr bildet somit nicht immer eine absolute Grenze für die Auskunftserteilung. Ferner besteht die Gefahr der Ausnutzung von Kenntnissen durch die Konkurrenz äußerst selten, da diese an ganz anderen Daten interessiert ist als die Aktionäre, nämlich an kaufmännischen und vor allem an technischen Betriebsinterna, worüber die Aktionäre so gut wie niemals Aufschluß verlangen und deren Offenlegung ernsthaft noch nie propagiert wurde. Der Konkurrenz stehen im übrigen unzweifelhaft andere und wirksamere Wege und Mittel zur Verfügung,

²⁵³ Im gleichen Sinne ZR 26, 106.

²⁵⁴ Ebenso G. Fischer 30 und A. Wieland 379.

²⁵⁵ Vgl. dazu Sontag 81; Bez 167 ff.; Neidhardt 109/10; Grünpeter 105; Goldschmidt 100.

um sich über ein Unternehmen genauer zu unterrichten. Der Konkurrent hat in der Regel bequemere und weniger Aufsehen erregende Informationsquellen als ein Begehren um Auskunftserteilung in der GV. Das Moment der interessierten Konkurrenz darf daher im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Auskunftserteilung nicht überschätzt werden, und es sind die Mittel, deren sich die Konkurrenz bedienen kann, in der Einschätzung des Risikos einer Schädigung durch den verlangten Aufschluß zu berücksichtigen. Insbesondere darf nicht übersehen werden, daß die interessierte Konkurrenz aus den allgemeinen Publizitätsmitteln und aus der sie ergänzenden Aufschlußerteilung wohl den Erfolg des Geschäftsjahres und die allgemeine Lage der Gesellschaft, nicht aber die Faktoren erkennen kann, welche diesen günstigen Abschluß ermöglichten. Die Ueberbetonung der Konkurrenzgefahr fließt daher vor allem aus einer Verwechslung von Ursache und Wirkung. Der Einwand der Konkurrenzgefahr darf m.a.W. nicht zu einem Schlagwort werden, zu dem die Verwaltung immer dann greift, wenn zu einer Verweigerung der Auskunftserteilung keine anderen sachlichen Gründe vorliegen²⁵⁶.

Die gleichen Erwägungen treffen im Prinzip auf ein anderes, oft zur Verweigerung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung verwendetes Argument zu, nämlich dasjenige, daß eine weitgehende Offenlegung die *Spekulation* fördere²⁵⁷. Das Gegenteil ist natürlich richtig — gerade unzulängliche Aufschlüsse leisten der Entstehung von falschen Gerüchten Vorschub²⁵⁸ und leiten insbesondere die Spekulation auf Wege, die den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen. Selbstverständlich hat aber andererseits die Verwaltung auch keine Veranlassung, die Spekulation und den sich anschließenden raschen Besitzwechsel der Aktien durch eine ausführliche Berichterstattung zu begünstigen²⁵⁹. Das wird aber nur in den seltensten Fällen zutreffen, weil auch die an einer Spekulation interessierten Kreise andere und bessere Informationsmöglichkeiten haben als Aufschlußbegehren nach Art. 697, in deren Ergebnis im übrigen bezüglich der daraus zu ziehenden Schlüsse noch alle möglichen Fehlerquellen liegen. Wird somit ein von einem Aktionär verlangter Aufschluß mit der Begründung, damit eventuell die Spekulation zu fördern, verweigert, so kann dieser Ver-

²⁵⁶ Vgl. für ein anderes Schlagwort in dieser Beziehung auch NZZ, Nr. 4 vom 2. Januar 1934.

²⁵⁷ Dazu Ausschuß I 425/26 und Leitz 260.

²⁵⁸ Vgl. den Fall in NZZ, Nr. 1465 und 1467 vom 9. November 1922 sowie den vorne 128, Anm. 113 angeführten.

²⁵⁹ Henggeler, Kontrollrecht, 158.

weigerungsgrund in der Regel als ein ungerechtfertigter betrachtet werden.

Eine Verweigerung der Auskunftserteilung ist hingegen immer dann zulässig, wenn das *Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung berechtigt* ist. Die Verweigerung kann daher gerechtfertigt sein durch die Rücksichtnahme auf Vertragsverhandlungen, schwebende Prozesse und ähnliche Angelegenheiten, deren Fortgang oder Erfolg nicht durch vorzeitige Mitteilungen gefährdet werden darf. Alle Angaben, welche irgendwie den *Kredit der Gesellschaft* gefährden würden, dürfen verweigert werden, denn der Kredit ist eines der essentialia jeder kaufmännischen Tätigkeit. Aber auch hier muß es sich wieder um berechnete Interessen handeln; verschwiegen werden darf m.a.W. nur, was nicht ohnehin schon in anderer Form bekannt wurde oder was nicht mit Sicherheit bekannt werden wird²⁶⁰. *Steuerliche Rücksichten* begründen keine gerechtfertigte Verweigerung der Auskunftserteilung²⁶¹ — so sehr dieser Einwand von den Aktionären wohl anerkannt würde —, weil dabei kein berechtigtes, sondern nur ein vorgeschütztes Interesse der Gesellschaft in Frage steht, denn die Steuerbehörden verfügen über direktere und wesentlich ergiebigere Einsichtsmöglichkeiten.

Alle diese aufgestellten Grundsätze und Richtlinien lassen einen weiten Spielraum für die *Entscheidung im Einzelfall*, sodaß die Schwierigkeiten der Abgrenzung für die für diese Entscheidung berufene Stelle nicht geringe sind. Diese zur Bestimmung der Grenze der Geheimhaltungspflicht bzw. des Umfanges der Auskunftserteilung berufene Instanz zu bezeichnen, kann nicht schwer fallen. Die GV scheidet für diese Aufgabe zum vornherein aus. Diesem vielköpfigen, von den verschiedenartigsten Interessen beeinflussten Gremium fehlen in der Regel die zur Entscheidung dieser schwierigen Frage notwendigen Kenntnisse. Der GV mangelt auch die nötige Vertrautheit mit den Bedürfnissen der Gesellschaft und den Einzelheiten der Geschäftsführung, sodaß sie für die notwendige Differenzierung, d.h. für eine Anwendung der allgemeinen Geheimhaltungsgrundsätze auf den Einzelfall, nicht das geeignete Organ ist²⁶². Ebensowenig kann die Kontrollstelle als für diese Aufgabe geeignet betrachtet werden. Angesichts ihrer beschränkten Prüfungsbefugnisse, die grundsätzlich

²⁶⁰ Stehen große Verluste endgültig fest, so muß deshalb darüber berichtet werden, vgl. Heilbrunn, Geschäftsbericht, 165.

²⁶¹ Ebenso Heilbrunn, Geschäftsbericht, 165; a.M. Grunpeter 106.

²⁶² gl.M. Neidhardt 112; Grunpeter 109; Ronner 38, Anm. 55. a.M. Netter, Auskunftspflicht, 39/40; Landolt 187; Peyer 59.

keinen Einblick in die Geschäftsführung zulassen, kann sie auch nicht für die Entscheidung von Geschäftsführungsproblemen zuständig sein. Nur dasjenige Organ, das mit der Geschäftsführung in allen Teilen vertraut ist, kann beurteilen, wo die Aufschlußpflicht aufhören muß und die Geheimhaltungsnotwendigkeit beginnt. Damit weisen alle Ueberlegungen auf die *Verwaltung* als das für diese Entscheidung allein berufene Organ hin²⁶³. Daß sie, die dauernd mit der gesamten Geschäftsführung in Kontakt ist, vor allen anderen möglichen Entscheidungsinstanzen die geeignetste ist, braucht kaum näher begründet zu werden. Diese Entscheidungsmacht der Verwaltung besteht im übrigen selbst dann, wenn nur die Kontrollstelle gemäß Art. 697 I um Auskunft angegangen wird. Da den Revisoren ein Ueberblick über die gesamte Lage der Gesellschaft abgeht und sie daher keinen Beurteilungsmaßstab zur Hand haben, um die durch den verlangten Aufschluß möglicherweise zu gewärtigende Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses erkennen zu können, sind sie in Zweifelsfällen verpflichtet, die Entscheidung über Auskunftserteilung oder Geheimhaltung der Verwaltung zu überlassen. Die Kontrollstelle hätte in solchen Fällen den Auskunft begehrenden Aktionär darauf aufmerksam zu machen, daß die Verweigerung auf Begehren der Verwaltung erfolgt²⁶⁴.

Dem Vorteil der nötigen Sachkenntnis bei der Verwaltung steht nun allerdings der Mißstand gegenüber, daß diese am Umfang der Auskunftserteilung selbst interessiert ist und daher häufig in eigener Sache entscheiden muß. Damit ergibt sich die an und für sich Bedenken erweckende Sachlage, daß das gleiche Organ, dessen Tätigkeit mit dem Aufschlußrecht vorwiegend geprüft werden soll, selbst den Umfang der Offenlegungspflicht bestimmen kann²⁶⁵. Diesem Nachteil braucht aber keine größere Bedeutung zugemessen zu werden, da der Gesetzgeber in Art. 697 III dafür Sorge getragen hat, daß der Aktionär die Frage über Berechtigung oder Unzulässigkeit der Verweigerung dem Richter vorlegen kann, sofern er sich in seinem Recht auf Auskunftserteilung verletzt fühlt. Mit dieser Möglichkeit der Anrufung einer für eine objektive Entscheidung alle Gewähr bietenden Instanz ist der Nachteil der Entscheidungsmacht der Verwaltung korrigiert und der Gefahr von Mißbräuchen weitgehend gesteuert.

²⁶³ Ebenso Lehner 67/8; Neidhardt 89 und 113; Grünpeter 110 ff.; Bossard 141.

²⁶⁴ In diesem Sinne auch Ronner 37/8, 51 und Lasserre 76.

²⁶⁵ Eine Lösung dieses Problems wird in der Entscheidung von Vertretern der Minderheit in die Verwaltung vorgeschlagen, Sontag 113 ff. Vgl. Art. 708 V.

Sind die Voraussetzungen einer gerechtfertigten Verweigerung gegeben, so ist die Verwaltung nicht nur berechtigt, die Auskunftserteilung abzulehnen, sondern zur Verweigerung geradezu verpflichtet. Dem Schweigerecht entspricht also, vom Gesichtspunkt der Verwaltung aus, eine Schweigepflicht. Diese Pflicht zur Verweigerung einer die Gesellschaft schädigenden Offenlegung ergibt sich aus der von Art. 722 I geforderten Sorgfaltspflicht, der die Verwaltung in ihrer gesamten Tätigkeit untersteht. Diese *Sorgfaltspflicht der Verwaltung* wirkt sich auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung nach zwei Seiten aus: auf der einen Seite steht die Pflicht der Verwaltung zu einer umfassenden und wahrheitsgetreuen Auskunftserteilung gegenüber den Aktionären — auf der andern Seite die Pflicht zur Verweigerung eines die Gesellschaft schädigenden Aufschlusses²⁶⁶. Beiden Pflichten — der Offenbarungs- wie der Schweigepflicht — hat die Verwaltung «mit aller Sorgfalt» (Art. 722 I) nachzuleben, trotzdem diese Pflichten anscheinend in Widerspruch zueinander stehen. Dieser Widerspruch ist aber tatsächlich nur ein scheinbarer. Er besteht vorerst offensichtlich dann nicht, wenn sich im Einzelfall die Grenze der Geheimhaltungspflicht nach den vorstehenden allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage genau bestimmen läßt. Damit steht die Zulässigkeit der Verweigerung der Auskunftserteilung eindeutig fest, und die beiden an und für sich einander widersprechenden Pflichten treten ergänzend nebeneinander, indem sich die Offenbarungspflicht automatisch in die Schweigepflicht verwandelt. Aufschlußpflicht und Geheimhaltungspflicht berühren sich dementsprechend dort, wo die Geheimosphäre der Gesellschaft beginnt. In Fällen aber, wo die Grenze nur sehr schwierig feststellbar ist — und sie werden häufig sein —, wird man es der Verwaltung nicht verwehren können, wenn sie unter Anwendung der notwendigen Sorgfalt und angesichts ihrer Verantwortlichkeit — allerdings auch «ohne engherzige Geheimniskrämerei»²⁶⁷ — primär ihr Recht zur Verweigerung geltend macht. Als *Grenze zwischen der Mitteilungs- und der Schweigepflicht* mag bei diesem Ermessensentscheid die folgende Umschreibung dienen: «Alle jene Tatsachen, deren Bekanntgabe der Mehrheit der Adressaten (Aktionäre) als am Schicksal des Unternehmens Beteiligten objektiv mehr schadet als nützt, dürfen verschwiegen werden»²⁶⁸.

²⁶⁶ Zu den Folgen der Verletzung der einen oder andern dieser Pflichten vgl. vorne 76 ff.

²⁶⁷ So RGZ 82, 182; ähnlich Janggen 213.

²⁶⁸ Aepli 55. Eine ähnliche Umschreibung gibt Rehm, DJZ 9 (1904) 36.

Diese Stellungnahme entspricht dem früher schon aufgestellten Grundsatz, daß die Gesellschaft durch die Auskunftserteilung in keinem Fall geschädigt werden darf, die Verweigerung im Interesse der Gesellschaft dem Interesse des einzelnen Aktionärs am Aufschluß somit vorzuziehen hat. Sie ist umsomehr gerechtfertigt, als es dem Aktionär frei steht, zur Durchsetzung seines Aufschlußrechts an den Richter zu gelangen. Immerhin darf bei der Beurteilung der von der Verwaltung zwischen Aufschluß- und Geheimhaltungspflicht getroffenen Entscheidung nicht übersehen werden, daß die in diesem Zusammenhang sich stellenden Fragen oft nicht leicht zu lösen sind. In vielen Fällen wird sich die letzten Endes entscheidende Verwaltung einem Dilemma, einem nicht zu unterschätzenden *Konflikt der Interessen* gegenüber gestellt sehen, der je schwerer zu meistern ist, je verantwortungsbewußter die Aufgabe gelöst werden soll. Diesen Schwierigkeiten der Entscheidung muß jedenfalls der Richter in einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozeß oder im Falle der Ausübung des Klagerechts auf Auskunftserteilung durch einen Aktionär vollauf Rechnung tragen.

Damit der Aktionär schließlich mit einem sachlich richtig fundierten Klagebegehren an den Richter gelangen kann, muß ihm der *Grund der Verweigerung* bekannt sein. Die Verwaltung ist daher verpflichtet, in jedem Falle einer Verweigerung den Grund für die Ablehnung des betreffenden Begehrens um Auskunftserteilung genau anzugeben, also insbesondere bekanntzugeben, ob sie das Begehren als rechtsmißbräuchlich betrachte oder ob sie die Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses befürchte und welcher Natur dieses Geheimnis sei.

Die Verweigerung der Auskunftserteilung untersteht im übrigen ebenso der *Wahrheitspflicht* wie die Gewährung von Aufschlüssen²⁶⁹. Die Pflicht zur Bewahrung der Gesellschaft vor Schaden durch Verweigerung des Aufschlusses und die Pflicht zur Wahrheit sind einander nicht entgegengesetzt, sondern ergänzen sich. Oberstes Prinzip muß die Wahrheitspflicht sein, die unbedingte und absolute Geltung haben muß. Die Innehaltung dieses Grundsatzes schließt aber die Schadensbewahrung nicht aus, denn die Auskunftserteilung darf ja bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen verweigert werden, womit die Wahrheitspflicht nicht verletzt wird. Dagegen dürfen selbstverständlich, um bestimmte Tatsachen verschweigen zu wollen, nicht unwahre Angaben gemacht werden; die Verwaltung wird also m.a.W.

²⁶⁹ Auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung des Wahrheitsbegriffes auf dem Gebiete der aktienrechtlichen Auskunftserteilung wurde schon früher hingewiesen, vgl. vorne 78/9 und 82.

mit dem ihr zustehenden Schweigerecht nicht etwa befugt, die Unwahrheit zu sagen. Rechtfertigt sich daher im Einzelfall die Ablehnung des ganzen Aufschlußbegehrens, so dürfen die betreffenden Tatsachen oder Umstände, welche Gegenstand des Begehrens sind, nicht etwa in Abrede gestellt, sondern es muß ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Auskunftserteilung an und für sich verweigert wird. Kann einem Aufschlußbegehren nur teilweise stattgegeben werden, so muß die Verwaltung den Aktionär ebenfalls darauf aufmerksam machen, daß ein Teil des verlangten Aufschlusses abgelehnt werden muß. Die Verwaltung darf also mit einer teilweisen Verweigerung nicht den Eindruck erwecken, die verschwiegenen Tatsachen bestünden tatsächlich nicht; die Auskunftserteilung muß vielmehr unter Berücksichtigung der nicht mitgeteilten Tatsachen als Gesamtbild mit der Wirklichkeit übereinstimmen und darf dieser jedenfalls nicht widersprechen.

Aus dem fundamentalen Grundsatz, daß keine Auskunftserteilung eine Schädigung der Gesellschaft nach sich ziehen darf, ergeben sich somit im einzelnen als allein zu beachtende Schranken der Auskunftserteilung die *subjektive Schranke des Rechtsmißbrauchs* und die praktisch wesentlich bedeutsamere *objektive Schranke des Geschäftsgeheimnisses* im vorstehend umschriebenen Rahmen. Diese beiden Schranken der aktienrechtlichen Auskunftserteilung werden in dieser Arbeit insofern unter den Begriff der «*Interessen der Gesellschaft*» subsumiert, als mit der Anwendung dieses Begriffes — der an und für sich lediglich der Schranke des Geschäftsgeheimnisses gleichgestellt werden kann — die praktisch subsidiäre Schranke des Rechtsmißbrauchs stillschweigend vorausgesetzt wird, der Begriff der «*Interessen der Gesellschaft*» die subjektive Schranke der Auskunftserteilung also in diesem vorausgesetzten Sinne mitumfaßt²⁷⁰. Wo ein Aufschlußbegehren eines Aktionärs diese Schranken zu übersteigen droht, darf und muß die Auskunftserteilung verweigert werden. Die Anforderungen, die an eine Verweigerung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung gestellt werden müssen, damit sie als eine gerechtfertigte bezeichnet werden und allenfalls auch den Schutz des angerufenen Richters finden kann, können somit zusammengefaßt etwa mit den folgenden Grundsätzen umschrieben werden²⁷¹:

1. *Die Verweigerung der Auskunftserteilung ist nur zulässig im Interesse der Gesellschaft, d.h. bei Vorliegen eines*

²⁷⁰ Vgl. zu diesem Begriff auch hinten 230/32.

²⁷¹ Vgl. auch Heilbrunn, Geschäftsbericht, 164/65.

Gesellschaftsgeheimnisses oder im Falle eines offenbaren Rechtsmißbrauchs.

- 2. Die Abgrenzung der Schranken der Auskunftserteilung wird insbesondere beeinflußt durch die besondere wirtschaftliche oder rechtliche Struktur der AG und den Zeitpunkt des Aufschlußbegehrens.*
- 3. Das Interesse an der Geheimhaltung muß im Hinblick auf die Belange der Gesellschaft offenbar konkret berechtigt sowie sachlich begründet sein.*
- 4. Der Grund der Verweigerung muß bekanntgegeben werden.*
- 5. Die Gesellschaft darf durch eine Auskunftserteilung nie geschädigt werden; in Zweifelsfällen ist deshalb für die Verweigerung zu entscheiden.*
- 6. Das Recht zur Verweigerung gibt der Verwaltung kein Recht zur Unwahrheit.*

Damit wären jene Anforderungen erfüllt, welche schon Eugen H u b e r an den zulässigen Umfang der aktienrechtlichen Publizität überhaupt stellte: «Die Publizität darf nicht zur Befriedigung der bloßen Neugierde mißbraucht werden und vollends nicht die Unternehmungen den Bestrebungen skrupelloser Konkurrenten ausliefern. Sie darf also nur insoweit verlangt werden, als sie zum Schutze der Beteiligten notwendig oder begründet ist, soll aber nicht so weit getrieben werden, daß die Unternehmungen in der Verfolgung ihres Zweckes gestört und beeinträchtigt werden»²⁷².

VI. ERGEBNISSE

Nachdem in den vorhergehenden Ausführungen dieses Kapitels der Umfang der Auskunftserteilung anhand von einzelnen Beispielen aufgezeigt und anschließend die Schranken der Auskunftserteilung bestimmt worden sind, gilt es nun, aus der Fülle der vorstehenden Darlegungen die grundsätzlichen Schlüsse zu ziehen. Diese Aufgabe ruft vorerst einer grundsätzlichen Stellungnahme in bezug auf das Problem des Vorranges von Gesellschafts- oder Aktionärsschutz, welcher

²⁷² Bericht I 45.

anschließend als Ergebnis unserer Betrachtungen der zusammenfassende Versuch einer allgemeinen Umschreibung des Umfanges der Auskunftserteilung unter Berücksichtigung ihrer Schranken folgen soll.

1. Gesellschaftsschutz oder Aktionärsschutz?

Das korporative Leben in der AG wird weitgehend von Interessengegensätzen bestimmt, unter welchen der Gegensatz von Gesellschaftsinteresse und Aktionärinteresse der bedeutungsvollste und am meisten betonte ist. Auch die Lösung des Problems der aktienrechtlichen Auskunftserteilung spitzt sich letzten Endes auf die Frage des Vorranges von Gesellschafts- und Aktionärsschutz bzw. auf die Suche nach einer Synthese dieser an sich meist gegensätzlichen Interessen zu. Dem Gesetzgeber kann der Schutz jedes dieser beiden Interessen als Richtlinie, als gestaltendes Rechtsprinzip dienen.

a) Schutz der Gesellschaft

Der Schutz der Gesellschaft ist mit Recht ein Hauptanliegen der neueren aktienrechtlichen Entwicklung geworden²⁷³. Die Verwirklichung dieses Schutzes hat sich mit der *Auffassung vom Wesen der juristischen Person* gewandelt²⁷⁴. Von einer frühen individualistischen Theorie²⁷⁵ führte die Entwicklung in immer mehr sich steigernder Verwirklichung des Gesellschaftsschutzes zur überindividualistischen Rechtsauffassung²⁷⁶, die die Interessen der Körperschaft in den Vordergrund stellt und damit einen besonderen, über einer bloßen Summierung der individuellen Zwecke der Verbandsmitglieder stehenden kollektiven Verbandszweck, das Korporationsinteresse, schützen will. In der Theorie vom Zweckvermögen endlich nimmt die Auffassung vom Wesen der juristischen Person transpersonale Gestalt an. Der juristischen Person werden wohl auch bei dieser Theorie noch eigene bestimmte Zwecke zugesprochen, die aber, von den Zielen der Einzelmitglieder losgelöst, rein sachlicher Natur sind. Die transpersonale Auffassung bietet daher dem «Unternehmen an sich» als eige-

²⁷³ Vgl. Egger, SJZ 34 (1937/38) 4.

²⁷⁴ Näheres zu diesen Theorien bei Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, 52 ff. und 130/31; Goldschmidt 11/31; Bossard 55 ff.

²⁷⁵ Savignys Fiktionstheorie.

²⁷⁶ Theorie der realen Verbandspersönlichkeit oder Realitätstheorie Otto v. Gierkes.

nem Wert, unabhängig von individuellen oder kollektiven Interessen, Schutz²⁷⁷.

Diese letztere Lehre, die den Schutz des «*Unternehmens an sich*» auf den Schild erhoben hat, hat in neuerer Zeit besonders reiche Früchte rechtswissenschaftlicher Dogmatik gezeitigt. Sie gründet sich auf Rathenau's Schrift «Vom Aktienwesen», worin zum ersten Mal ausdrücklich, jedoch in einer jeden Schutz des Einzel- oder Minderheitsaktionärs ausschließenden Konsequenz, die allein zu schützenden Interessen des Unternehmens als solchem, das zugleich die Interessen der Gesamtwirtschaft mitumschließen soll, betont wurden²⁷⁸. Der Kern der Theorie des «*Unternehmens an sich*» ist die Anerkennung von Eigeninteressen des Unternehmens und die Bindung der an der AG haftenden Interessen an ein übergeordnetes Interesse des Unternehmens, womit eine völlige Objektivierung des Unternehmens erreicht wird. Der Schutz des «*Unternehmens an sich*» führt zum richtigen Ergebnis, wenn man damit «die Mannigfaltigkeit der vorliegenden Interessen und die Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen ihnen andeuten und zum Ausdruck bringen will, daß alle Beteiligten, deren Ziele schützenswert sind, sich jedenfalls zusammenfinden in der Sorge um die Erhaltung des Unternehmens»²⁷⁹. Dagegen darf das «*Unternehmen an sich*» nicht «als unpersönlicher, mystischer Träger von Interessen»²⁷⁹ angesehen und behandelt werden und damit die Verfolgung eines Selbstzweckes propagiert werden, der den Zielen der eigentlichen Interessenträger in der AG, den schützenswerten Zielen der Aktionäre, zuwiderlaufen würde. Ein Unternehmensbegriff, der das Unternehmen als solches losgelöst vom Substrat der das Unternehmen konstituierenden gesellschaftsrechtlichen Elemente verstanden haben will, entspricht der Wirklichkeit des aktiengesellschaftlichen Lebens nicht.

So sehr man die Tendenz, im Unternehmen einen Träger eigener selbständiger Interessen und Rechte zu erblicken, verstehen kann, so sehr führt anderseits die Formulierung einer aktienrechtlichen Theorie des «*Unternehmens an sich*» zu Mißverständnissen und Fehlschlüssen, wenn man darunter etwas anderes versteht als das wohlverstandene Gesamtinteresse aller Aktionäre, das Interesse der AG verkörpert im aktiengesellschaftlich organisierten Unternehmen²⁸⁰, oder wenn

²⁷⁷ Dazu u.a. Haußmann, Aktienwesen, 27 ff.; Netter, Theorie; Bez 191 ff.; Grünpeter 19 ff.; Joß 83 ff.; Spieß 52 ff.; W. v. Steiger 249 a ff.

²⁷⁸ Rathenau, insbes. 29 ff., 38/9.

²⁷⁹ Siegwart, Einl. N 217.

²⁸⁰ Ein solcher Fehlschluß — und wohl der wesentlichste — liegt insbes. in der Gleichsetzung der Interessen des Unternehmens mit den Interessen der Gesamtwirtschaft am Unternehmen im Gegensatz zu den Eigeninteressen der Aktio-

man das Unternehmen als solches schließlich in die Stellung eines Rechts s u b j e k t e s erhebt. Diese Auffassung widerspricht offenbar den Grundlagen unseres Aktienrechts, welches das Unternehmen nur als Rechts o b j e k t , das als solches Gegenstand rechtlicher Verfügungen seines Inhabers — der AG — sein kann, kennt²⁸¹. Um solchen Mißverständnissen vorzubeugen, wird daher in dieser Arbeit primär vom *Schutz der Gesellschaft* und nicht vom Schutz des Unternehmens gesprochen²⁸², denn «wenn das ‚Unternehmen‘ geschützt werden soll, so kann dies nur geschehen, wenn damit auch die Gesellschafter geschützt werden, und zwar die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, als Gesellschaft»²⁸³. Deshalb muß auch der von extremen Vertretern des Unternehmensrechtes aufgestellten Theorie vom Bestehen eines Interessengegensatzes zwischen AG und Unternehmen²⁸⁴ für das Rechtsgebiet der einzelgesellschaftlichen Organisation — das Aktienrecht im Gegensatz zum Recht der Unternehmenszusammenfassungen — mit aller Entschiedenheit entgegengetreten werden. Die Behauptung eines solchen Gegensatzes ist absurd, weil nach richtiger Auffassung das Unternehmen nichts anderes ist als die der einzelnen Gesellschaft zur Erreichung ihres Zweckes zur Verfügung stehende Organisation²⁸⁵. Wie der Einzelunternehmer kann auch die AG als Unternehmerin die durch ihr Unternehmen zu verfolgenden Zwecke und Ziele selbständig bestimmen, und sie kann — wenn sie die Möglichkeiten der von ihr geschaffenen Organisation zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges überhaupt ausnutzen will — doch nur die gleichen Interessen vertreten wie diese Organisation. Mit der Propagierung eines Schutzes der Gesellschaftsinteressen ist somit auch den Interessen des Unternehmens, das von der AG, auf deren Kapital seine Existenz beruht, abhängig ist, Rechnung getragen. Im übrigen wird der Lösung von Einzelfragen auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftsertei-

näre (so Hagmann 23 ff.). Vgl. gegen diese Auffassung auch Goldschmidt, SJZ 37 (1940/41) 279 ff., insbes. 281/82 und W. v. Steiger 249 a, Anm. 89.

²⁸¹ W. v. Steiger 251 a; ebenso Joß 78 und 81.

²⁸² Zum gleichen Ergebnis gelangt Schapira, Martin: Das Unternehmen und seine Kennzeichen, Diss. Zürich 1935, 36, nach einer einläßlichen Untersuchung über den Begriff des Unternehmens; es handle sich in Tat und Wahrheit durchaus nicht um einen Schutz des «Unternehmens an sich», sondern der «Gesellschaft an sich». — Mit der erwähnten Stellungnahme (Schutz der Gesellschaft und nicht des Unternehmens) soll im übrigen in keiner Weise der sicherlich bestehende wirtschaftliche und rechtliche Unterschied zwischen Gesellschaft und Unternehmen, von welchem an anderer Stelle (vgl. hinten 241/42) noch näher zu sprechen sein wird, verleugnet werden.

²⁸³ W. v. Steiger 253 a.

²⁸⁴ Vgl. z.B. Kohli 13 und 19 ff.; ähnlich Szücs 5 ff.

²⁸⁵ Näheres dazu hinten 241/42.

lung mit dem Schutzobjekt der Interessen der Gesellschaft auch ein Maßstab zur Verfügung gestellt, der nicht nur juristisch, sondern auch praktisch viel besser erfaßbar ist als der vorwiegend wirtschaftlich-dynamische Begriff des Unternehmens.

Schließlich darf aber der Streit um Theorien nicht zum Selbstzweck werden. Er ist heute umso weniger bedeutsam, als die meisten der von den verschiedenen Rechtsauffassungen gestellten Probleme nun im Gesetz positiv geregelt sind²⁸⁶. Wichtig ist dagegen, daß Lehre und Rechtsprechung zu einer Lösung gefunden haben, die in der Auffassung der AG — und der juristischen Person schlechthin — als einer wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit im Prinzip einen Gesellschaftsschutz verwirklicht, der den Gegebenheiten der AG und ihren Problemen gerecht wird.

b) Schutz der Aktionäre

Neben den Interessen der Gesellschaft sind aber auch diejenigen der Aktionäre und insbesondere der Einzel- und Minderheitsaktionäre schutzbedürftig. Wegen den diesen beiden Interessen an sich innewohnenden Gegensätzen hält es schwer, ihnen in allgemeiner Hinsicht zugleich Schutz angedeihen zu lassen²⁸⁷. Trotzdem bedürfen auch die wirtschaftlich Schwachen — und diese besonders — in der vom Mehrheitswillen beherrschten AG eines gesetzlichen Schutzes.

Dabei ist davon auszugehen, daß das Gewinnstreben der Aktionäre regelmäßig den Entstehungsgrund für die AG bildet²⁸⁸. Die Ermöglichung und der Schutz dieses Strebens, das indirekt neben den Aktionären auch vielen anderen Personen zugute kommt, muß daher ebenfalls ein Ziel der Aktiengesetzgebung sein²⁸⁹. Dieses Ziel kann aber unter den heutigen schwierigen, einer scharfen Konkurrenzierung unterliegenden Wirtschaftsverhältnissen nicht auf dem Wege der frühen individualistischen Rechtsauffassung erreicht werden, denn damit würde die Gesellschaft selbst jeden Schutzes beraubt. Dazu besteht auch kein Bedürfnis, weil die heutige Auffassung des Gesellschaftsschutzes die einzelnen Aktionäre nicht schlechthin den Interessen der Gesamtheit, der Gesellschaft, unterwirft. Auch sie gereicht — richtig angewendet — schließlich den Einzelinteressen zum Schutz.

²⁸⁶ Vgl. Egger, Kommentar zum Personenrecht, zweiter Titel, Vorbem. N 11.

²⁸⁷ Vgl. für die Lösung im Sonderfall der aktienrechtlichen Auskunftserteilung hinten 189 ff.

²⁸⁸ Siegwart, Einl. N 220.

²⁸⁹ Nach Siegwart, a.a.O., das erste Ziel.

Als *schutzwürdige Aktionärinteressen* werden dabei nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch die zukünftigen betrachtet²⁹⁰. Auch die Schutzwürdigkeit dieser Interessen wird nach einem ganz anderen Maßstab bemessen, als ihn die individualistische Lehre bot, die in der uneingeschränkten Unterstützung der gegenwärtigen Aktionäre in der ungehemmten Verfolgung ihrer Ziele ohne Rücksicht auf die zukünftigen Aktionäre bzw. die Interessen der Gesellschaft ihr Bewenden hatte. Nach der heutigen Auffassung sollen nur jene Interessen der Aktionäre geschützt werden, welche unter Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft geltend gemacht werden, keinesfalls aber solche, deren Befriedigung eine Schädigung der Gesellschaft nach sich ziehen würde.

c) Die Tendenzen des schweizerischen Aktienrechts

Die Erkenntnis, daß ein Gesetz die im Leben selbst begründeten Spannungen niemals aufzuheben vermag und daß die durch die wirtschaftlichen Gegebenheiten bedingten Interessengegensätze durch gesetzliche Vorschriften nicht aus der Welt geschafft werden können, führt den Gesetzgeber zu seiner eigentlichen Aufgabe: zum Kompromiß. So ist denn «die ganze Lehre des modernen Aktienrechts eine *Lehre des Interessenausgleichs*»²⁹¹. Auch der schweizerische Gesetzgeber hat sich in diesem Sinne bemüht, seine Aufgabe unter gebührender Berücksichtigung aller widerstreitenden Interessen zu erfüllen.

Das alte schweizerische Aktienrecht war vorwiegend individualistisch eingestellt. Seine Neugestaltung wurde, von den Kriegserfahrungen und den nachfolgenden Krisenjahren beeinflusst, zunächst vom Mißtrauen bestimmt. Als Leitmotiv galt der Aktionärsschutz «mit einer leisen Wendung zum Kleinaktionär hin»²⁹². Die Schutznormen waren vor allem gegen die Gesellschaftsorgane gerichtet, die an der Ausnutzung der Mehrheitsmacht zum Vorteil der geschäftsführenden Aktionäre oder Dritter gehindert werden sollten. Der zweite und vor allem der dritte Entwurf standen aber schon wieder im Zeichen des wirtschaftlichen Aufstiegs. Sie bauten die Bevormundungstendenz ab und rückten den Schutz der Gesellschaft in den Mittelpunkt. Dadurch wurde aber der Schutz der Aktionäre nicht vernachlässigt, sondern nur

²⁹⁰ Vgl. Siegwart, Einl. N 242.

²⁹¹ Gerber, Hans: Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1946, 1.

²⁹² Vgl. Hug, Revision, 13/4.

in dem Sinne modifiziert, daß eben nur solche Aktionärinteressen geschützt werden sollten, die sich nicht gegen die Gesellschaft selbst richteten.

Man würde der Gefahr einer oberflächlichen Vereinfachung verfallen, wollte man die Grundtendenzen des schweizerischen Aktienrechts auf einen einfachen Nenner zu bringen versuchen. Starre Rechtssätze und starre Prinzipien vermögen der Mannigfaltigkeit der Interessenlagen und den immer wechselnden wirtschaftlichen Verhältnissen doch nicht gerecht zu werden. Trotzdem läßt sich nicht verkennen, daß der Gesetzgeber bemüht war, die Interessen der Gesellschaft wenn immer möglich zu schützen²⁹³, daneben aber dem Aktionär durch die Zuerkennung unentziehbarer Rechte ebenfalls Schutz angedeihen zu lassen. Die Rechtsprechung hat beide Tendenzen bewußt unterstützt²⁹⁴. Im Bewußtsein der Unzulänglichkeit jeder Rechtsetzung hat der Gesetzgeber aber vor allem ganz eindeutig die *Notwendigkeit eines Vertrauensverhältnisses zwischen Verwaltung und Aktionären* vorausgesetzt. Unter dieser Voraussetzung hat er davon abgesehen, die Befugnisse der geschäftsführenden Organe einzuschränken, hat aber dafür der Kontrolle, den Publizitätsvorschriften und den Verantwortlichkeitsbestimmungen große Sorgfalt angedeihen lassen. Gerade in diesem Ausgleich liegt *der Sinn des neuen Aktionärschutzes*: einerseits Begrenzung der rücksichtslosen Durchsetzung individueller Interessen gegen den Willen der geschäftsführenden Organe und damit Stärkung der Stellung dieser letzteren — anderseits aber als natürliches Gegengewicht Kontrolle der Geschäftsführung zum Schutze der Interessen der Kapitalgeber und Gesellschafter sowie im Interesse der Gesellschaft selbst. Ein wichtiger Bestandteil dieser Kontrolle ist das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung.

d) Grundsätzliche Stellungnahme

Man möchte meinen, die Antwort auf die Frage Gesellschafts- oder Aktionärsschutz sei in den früheren Ausführungen bereits vorwegge-

²⁹³ Ebenso Capitaine 79 a. Diese Bemühungen finden im Gesetz an verschiedenen Stellen Ausdruck, so etwa in den Art. 624 III, 663 II, 671/74, 686, 706 II und insbes. 697; selbst Gläubigerinteressen werden dem Schutze der Gesellschaft untergeordnet, vgl. Art. 735. Fehr, 73, schlägt zum Schutze der Gesellschaft eine Generalklausel vor, die aber für das schweizerische Aktienrecht offenbar keinem notwendigen Bedürfnis entspricht. Vgl. auch Fehr, ZbJV 71 (1935) 440 ff., insbes. 446 ff.

²⁹⁴ So (schon unter dem alten Recht) für den Schutz des «Unternehmens» BGE 51 II 427, 53 II 231, 54 II 28 und neu 72 II 297 ff.; für den Schutz der Aktionäre die Herausbildung von allgemeinen Schutznormen, BGE 69 II 246 ff.

nommen worden. Tatsächlich ist das Primat der Gesellschaftsinteressen vor den Interessen der Aktionäre schon an einigen Stellen in engerem Zusammenhang betont worden. Was hier aber noch zu tun übrig bleibt, ist, grundsätzlich und in einem allgemeinen Sinne Stellung zu beziehen und diese Stellungnahme kurz zusammenfassend zu begründen.

In der Aktienrechtsliteratur wird immer wieder von den im Wesen der AG begründeten, «ewigen» *Gegensätzen* gesprochen²⁹⁵. Als einer der wichtigsten und häufigsten dieser Gegensätze wird dabei der Widerspruch zwischen Gesellschafts- und Aktionärinteressen genannt, d.h., auf das Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung angewendet, derjenige zwischen Geheimhaltungs- und Aufschlußpflicht. Geht man aber den Dingen auf den Grund, so fällt auf, daß der Schutz der Gesellschaftsinteressen zugleich mit dem Schutz der Aktionärinteressen verbunden werden kann. Zu dieser Erkenntnis gelangt man ohne weiteres, wenn man die schutzwürdigen Interessen der Aktionäre auf solche beschränkt, die mit den richtig verstandenen Gesellschaftsinteressen noch verträglich sind, und damit alle jene Interessen von Aktionären und «quasi-Aktionären» ausschließt, welche offenbar gegen die Gesellschaft selbst gerichtet sind. Diesen allein schützenswerten Aktionärinteressen muß doch letzten Endes das Interesse der Gesellschaft entsprechen, denn in Wirklichkeit ist das sog. Gesellschaftsinteresse nichts anderes als ein individuelles Interesse auf Gewinnerzielung mittels gemeinsam geschaffener Organisation²⁹⁶, und der Schutz des Unternehmens bzw. der Gesellschaft beruht auf dem Gedanken, «daß mit dem Gedeihen der Unternehmung auch die Interessen der Mitglieder am besten gewahrt sind»²⁹⁷. Wenn aber kein Zweifel bestehen kann, daß auch die Förderung der Aktionärinteressen vom Gedeihen der Gesellschaft abhängt und dem Aktionär die weitgehendsten Kautelen zum Schutze seiner Individualrechte nichts nützen, wenn die Gesellschaft selbst Not leidet, so kann es in Wahrheit nur ein Problem geben: die *Förderung der Interessen der Gesellschaft* und damit auch des von ihr betriebenen Unternehmens²⁹⁸.

²⁹⁵ Vgl. Haußmann, Aktienwesen, 51 ff. und Klein: Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der AG, 54 ff. («Die Entwicklung der AG in sich ist ein Werk unausgleichbarer, in ihrem Wesen begründeter Gegensätze»).

²⁹⁶ Goldschmidt 15; ebenso Bergier, Jean: L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, Thèse Lausanne 1933, 66.

²⁹⁷ BGE 51 II 427.

²⁹⁸ Ebenso Schlegelberger, SJZ 24 (1927/28) 212. Selbstverständlich ist mit dieser Erkenntnis der in der Praxis oft bestehende — oft aber auch falsch verstandene — Gegensatz zwischen Aktionär- und Gesellschaftsinteressen nicht aus der

Die Aktionäre, deren Schutz der Gesetzgeber mit der Pflicht zur Auskunftserteilung bezweckt, können daher kein absolutes Interesse an der Mitteilung einer jeden Tatsache haben, denn mit der Verletzung von Gesellschaftsinteressen durch eine zu weitgehende Auskunftserteilung werden auch ihre Interessen als Beteiligte an dieser Gesellschaft mittelbar verletzt. Wichtiger noch als voller Aufschluß muß ihnen das Gedeihen der Gesellschaft und des Unternehmens sein, aus dem sie ja alle Vorteile ziehen. Nach dieser grundlegenden Erkenntnis, daß im Gesellschaftsschutz auch die schutzwürdigen Interessen der Aktionäre eingeschlossen sind, stehen einer grundsätzlichen Stellungnahme keine Hindernisse mehr im Wege. Sie kann nur dahin lauten, *daß der Gesellschaftsschutz dem Aktionärsschutz grundsätzlich vorzugehen hat*²⁹⁹. Damit wird nicht ein irgendwie objektiviertes, vom Gesellschaftszweck losgelöstes Gesellschaftsinteresse geschützt, sondern das Gesellschaftsinteresse verstanden als Interesse am dauernden Wohlergehen der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens zum Nutzen der gegenwärtigen und der zukünftigen Aktionäre³⁰⁰. *Gestaltendes Rechtsprinzip auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung muß somit der Schutz der Gesellschaft sein*, hinter welchen der Aktionärsschutz zurückzutreten hat. Der Schutz der Aktionärinteressen selbst wirkt sich nur dann bestimmend aus, wenn der Gesellschaftsschutz im Einzelfall nicht erforderlich ist oder nur als Vorwand benutzt wird, um Aktionärrechte zu beeinträchtigen. In dieser Lösung liegt der einzig mögliche und gerechte Interessenausgleich, der Gesellschaftsschutz und Aktionärsschutz zugleich verwirklicht.

Dieser Gesellschaftsschutz ist im übrigen ein *absoluter*. Dies bedeutet, daß im konkreten Falle nicht durch Interessenabwägung das überwiegende Interesse bestimmt werden darf³⁰¹. Eine solche Interessenabwägung würde einen absoluten Maßstab voraussetzen, an welchem beide Interessen gemessen werden könnten und mit welchem der Vorrang des einen vor dem andern entschieden werden könnte. Einen solchen Maßstab zu finden, würde schwerhalten; er könnte richtigerweise nur im Gesellschaftsinteresse selbst gesucht werden. Im

Welt geschaffen. Sie gibt aber die Möglichkeit der richtigen Lösung von konkreten Einzelfragen.

²⁹⁹ gl.M. Egger, SJZ 21 (1921/25) 316/17; Hug, Revision, 35; Capitaine 80 a.

³⁰⁰ Hug, Revision 34, umschreibt dieses Interesse als «das Interesse, das ein Kreis von Personen oder die Gesamtheit an dem von der AG betriebenen Unternehmen hat».

³⁰¹ Ebenso Zimmermann, Buchführung, 173 a; Neidhardt 110; Rouner 12. a.M. Grünpeter 110 und Heilbrunn, Geschäftsbericht, 164.

Gegensatz zum deutschen Recht, das eine solche, nicht unbedenkliche Interessenabwägung zuläßt, indem es als Kriterium der Auskunftserteilung die «überwiegenden Belange der Gesellschaft» (§ 112 III DAG) aufstellt, schützt das schweizerische Recht die Geheimsphäre der Gesellschaft schlechthin und gibt damit eine viel klarere Lösung. Die Auswirkung dieses *Grundsatzes des absoluten Gesellschaftsschutzes* ergibt für die Anwendung im Einzelfall die Zulässigkeit der unbedingten Verweigerung der Auskunftserteilung bei offenbarem Rechtsmißbrauch und bei klarem Gegebenensein eines Gesellschaftsgeheimnisses. Eine beschränkte Interessenabwägung kann nur dann vorgenommen werden, wenn die Sachlage insofern unklar ist, als für das Vorliegen eines Gesellschaftsgeheimnisses nicht unzweifelhafte Anhaltspunkte gegeben sind, was allerdings nur für relative Gesellschaftsgeheimnisse und vor allem für Geschäftsgeheimnisse zutreffen dürfte. Der Entscheid in solchen Fällen ist in das Ermessen der Verwaltung gestellt, daß im Zweifel für die Verweigerung zu entscheiden ist, wurde schon früher gesagt³⁰².

2. Der materielle Inhalt des Rechts auf Auskunftserteilung

Nachdem unter IV dieses Kapitels an verschiedenen Einzelbeispielen die Möglichkeit der Umfangbestimmung der Auskunftserteilung dargestellt wurde, ist es nun an der Zeit, aus den gewonnenen Erkenntnissen eine allgemeingültige Umschreibung des materiellen Inhaltes des Rechts auf Auskunftserteilung abzuleiten. Vorgängig dieser Umschreibung ist aber noch kurz die Ablehnung der früher³⁰³ erwähnten Auffassungen, welche die Auskunftserteilung durch bestimmte Kriterien gegenständlich begrenzen wollen, und danach die in dieser Arbeit vertretene Ansicht zu begründen. Die schon eingangs dieses Kapitels grundsätzlich ausgesprochene Ablehnung jener Auffassungen darf auf jeden Fall durch die in dieser Arbeit befolgte Methode, den Umfang der Auskunftserteilung vorerst an verschiedenen praktischen Beispielen zu erläutern, nicht als widerrufen betrachtet werden. Das Abstellen auf die positiven Grundlagen, auf Beschlußfassungstatbestände und auf andere praktische Fälle ist lediglich als ein Suchen nach Anhaltspunkten zu verstehen, und zwar nach solchen Anhaltspunkten, welche die Probleme der Abgrenzung des zulässigen Umfanges der

³⁰² Vgl. vorne 180/81.

³⁰³ Vgl. vorne 84/5.

Auskunftserteilung im Einzelfall mit möglicher Deutlichkeit aufzeigen sollten.

Eine irgendwie *gegenständlich beschränkte Auskunftserteilung* — etwa auf Tatsachen, welche zur Beschlußfassung stehen³⁰⁴ oder auf Tatsachen, welche zur zweckmäßigen Ausübung anderer Mitverwaltungsrechte des Aktionärs erforderlich sind³⁰⁵ — muß daher wiederum abgelehnt werden. Diese Ablehnung ist in jenen erkenntnistheoretischen Ueberlegungen begründet, welche zu der allein zutreffenden Würdigung des rechtlichen Charakters des Rechts auf Auskunftserteilung führten³⁰⁶. Da dieses Aktionärrecht keineswegs nur bloßer Ausfluß des Stimmrechts oder anderer Mitverwaltungsrechte ist, sondern ein durchaus selbständiges, jedem Aktionär aus der Aktie zustehendes Recht primärer Natur darstellt, darf sein materieller Inhalt nicht auf jene Rechte, von denen es materiell-rechtlich gar nicht abhängt, bezogen und nach ihnen bestimmt werden. Auch die Rechtsprechung hat diese indirekte Bindung an das Stimmrecht abgelehnt. Das Zürcher Handelsgericht spricht sich in einem Urteil vom 1. September 1927 darüber folgendermaßen aus: «Inhaltlich ist das Aufschlußrecht . . . dahin zu umschreiben, daß dem Aktionär gestattet sein muß, nicht bloß über Fragen, die für die Ausübung des Stimmrechtes wichtig sind, Aufschluß zu verlangen, sondern insbesondere auch über Bilanz- und Rechnungsposten, an denen er ein nach allgemeiner Anschauung mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse berechtigtes Interesse hat»³⁰⁷.

Das *neue deutsche Aktiengesetz* hat das Kriterium für die gegenständliche Beschränkung des Auskunftsrechts weiter formuliert. § 112 I DAG läßt ein Auskunftsrecht «über Angelegenheiten der Gesellschaft, die mit dem Gegenstand der Verhandlung in Zusammenhang stehen» zu³⁰⁸. Diese Umschreibung ist insofern weiter als jene, welche die Auskunftserteilung auf Gegenstände der Beschlußfassung beschränkt, als Gegenstände der Beschlußfassung nur die bei der Einberufung der GV in der Traktandenliste enthaltenen Punkte sind, während eine Verhandlung ohne Beschlußfassung einer vorgängigen Bekanntmachung bei der Einberufung nicht bedarf³⁰⁹. Dieses *Kriterium der zur Verhandlung stehenden Gegenstände* ist einmal abzuleh-

³⁰⁴ Vgl. vorne 84, Anm. 2.

³⁰⁵ Vgl. vorne 85, Anm. 3.

³⁰⁶ Vgl. vorne 45 ff.

³⁰⁷ ZR 27, 74.

³⁰⁸ Dieser Formulierung schließt sich auch Hug, Revision 98, an.

³⁰⁹ Vgl. § 108 DAG; ebenso die Regelung im schweizerischen Recht, Art. 700.

nen, weil damit das als Individualrecht ausgestaltete Recht auf Auskunftserteilung indirekt der Mehrheitsmacht unterstellt würde. Die Mehrheit in der GV hätte es damit in der Hand, die Verhandlung über einen bestimmten Gegenstand, welcher sich außerhalb des Rahmens der angekündigten Beschlußfassungstatbestände befindet, abzulehnen und so ein Aufschlußbegehren über diesen Gegenstand zu verunmöglichen, da dieser dann nicht mehr mit der Verhandlung in Zusammenhang stehen würde. Die Verwaltung könnte dadurch auf dem Umweg über die ihr regelmäßig gefügige Mehrheit unangenehme Aufschlußbegehren von vornherein zunichte machen, ohne bestimmte Verweigerungsgründe geltend machen zu müssen. Das Kriterium der zur Verhandlung stehenden Gegenstände ist aber auch deshalb abzulehnen, weil es praktisch unbrauchbar ist, da nicht zu ersehen ist, was denn nicht zur Verhandlung stehen soll³¹⁰. Diese Grenze läßt sich praktisch überhaupt nicht oder nur sehr schwer ziehen³¹¹. Es würde übrigens einem gewandten Aktionär nicht schwer fallen, seine Aufschlußbegehren so zu formulieren, daß sie zu irgendeinem Gegenstand der Verhandlungen in Beziehung gebracht sind, obwohl sie an und für sich nichts mit ihm zu tun haben. Das vom deutschen Recht verwendete Kriterium zur Abgrenzung des Umfanges der Auskunftserteilung scheitert deshalb nur schon an seiner praktischen Unzulänglichkeit.

Jede gegenständliche Beschränkung des Rechts auf Auskunftserteilung wird daher entweder seinem rechtlichen Charakter nicht gerecht oder erscheint praktisch undurchführbar. Die allein befriedigende Lösung, welche beiden Anforderungen — den rechtlichen wie den praktischen — Rechnung trägt, kann nur darin bestehen, daß man dem Aktionär das Recht gibt, *alles zum Gegenstand eines Aufschlußbegehrens zu machen, was zur Bildung eines sachlich fundierten Urteils über den Vermögensstand und die Tätigkeit der Gesellschaft führen kann*. Der Aktionär kann insbesondere seine Mitverwaltungsrechte, die im Stimmrecht gipfeln, nur ausüben, wenn er durch ausreichende Aufschlüsse Einsicht in den Gang der Geschäftsangelegenheiten besitzt³¹². Das Recht auf Auskunftserteilung erhält überhaupt nur dann eine Bedeutung, wenn sein materieller Inhalt es dem Aktionär grundsätzlich

³¹⁰ Ebenso Ronner, 40/1, der sich mit den aus einer solchen Beschränkung des Aufschlußrechts bei Hug, Revision 98/9, resultierenden Widersprüchen ausführlich auseinandersetzt.

³¹¹ Das muß auch Dech, 38, der im übrigen die Formulierung des deutschen Rechts unterstützt, zugeben. Der gleiche Einwand gilt übrigens für jede gegenständliche Beschränkung des Rechts auf Auskunftserteilung; vgl. auch Grünpeter, 103, für die Unzulänglichkeit des von ihm gegebenen Kriteriums.

³¹² Goldschmidt 86.

ermöglicht, sich ein Bild über die gesamte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und des damit verbundenen Unternehmens zu machen. Die Inhaltsbestimmung des Rechts auf Auskunftserteilung folgt damit dem vom Gesetzgeber in Art. 959 aufgestellten allgemeinen Bilanzgrundsatz, wonach die Jahresbilanz so anzulegen ist, daß «die Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes erhalten»³¹³. Das Recht auf Auskunftserteilung vervollständigt diese Einblicksmöglichkeit — die durch die allgemeinen Publizitätsmittel im übrigen bekanntlich nur in sehr beschränktem Maße gewährt wird — in dem Sinne, daß es dem Aktionär einen Einblick gerade in jene Ecken und Winkel des Gesellschaftslebens gestattet, die ihn besonders interessieren, welchen Einblick er aber benötigt, um die gesamte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, der er als Gesellschafter angehört und der er sein Kapital anvertraut hat, beurteilen zu können.

Das *Zugeständnis eines gegenständlich unbeschränkten Rechts auf Auskunftserteilung* braucht im übrigen kaum noch näher gerechtfertigt zu werden³¹⁴. Es entspricht dem vielfach verkannten rechtlichen Charakter des Aufschlußrechts des Aktionärs, das letzten Endes Ausfluß der Rechenschaftspflicht über fremdes Kapital ist³¹⁵. Ausgehend von diesem Grundsatz müssen deshalb «mit der Verminderung oder Beseitigung der mitverwaltenden Funktionen der Kapitalgeber — der Aktionäre — deren kontrollierende wachsen»³¹⁶. «Der allgemeine, dem Recht jeder Kulturnation geläufige Rechtssatz, daß Verwaltung fremden Vermögens zur Rechenschaft verpflichtet»³¹⁷, gilt — verstärkt durch die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs, aus welcher ebenfalls das Recht auf Auskunftserteilung fließt — unzweifelhaft auch für das schweizerische Aktienrecht. Der Aktionär als an der Erreichung des gemeinsamen Zieles mit gemeinsamen Mitteln mitbeteiligter Gesellschafter und als risikobeteiligter Kapitalgeber hat deshalb einerseits einen Anspruch auf umfassende Orientierung, um die ihm verliehenen übrigen Mitverwaltungsrechte sachgemäß ausüben zu können, und er hat anderseits einen Anspruch auf Aufklärung über

³¹³ Aehnlich Steiner, SAC 2 (1929/30) 134, der aus diesem Bilanzgrundsatz (Art. 656 I aOR) den Inhalt des «unbedingten» Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung ableitet.

³¹⁴ Zur Notwendigkeit eines solchen Rechts vgl. ausführlich vorne 92 ff.

³¹⁵ Vgl. auch vorne 47.

³¹⁶ Grünpeter 6.

³¹⁷ Erl. Bem. zu D.Entw. 1930, 94. Vgl. z.B. für das amerikanische Recht in diesem Sinne auch ausdrücklich Ballantine 546.

die Verwendung des von ihm zur Verfügung gestellten Kapitals³¹⁸. Er muß diesen Anspruch umsomehr haben, als die AG die einzige Gesellschaftsform ist, welche ein Austrittsrecht des Mitgliedes nicht kennt. Will der Aktionär sein Verhältnis zur Gesellschaft lösen, so bleibt ihm nur der Weg der Veräußerung seiner Aktien. Der Aktionär, dessen Bindung an die Gesellschaft regelmäßig nur auf finanziellen Interessen, dem individuellen Gewinnstreben, beruht, ist daher daran interessiert, über die Vermögenslage der Gesellschaft aufgeklärt zu werden, damit er deren Zukunft beurteilen und die Frage entscheiden kann, ob er Mitglied bleiben will oder nicht. Entschließt er sich zum Austritt und damit zum Verkauf seiner Aktien, so interessiert ihn wiederum die gesamte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, um den inneren Wert der Aktie möglichst genau bemessen zu können.

Mit der Ablehnung einer gegenständlichen Beschränkung des Rechts auf Auskunftserteilung wird nun aber keineswegs eine schrankenlose Ausübung dieses Rechtes propagiert. Wie die Zugehörigkeit zur Gesellschaft Rechtsgrundlage für die Entstehung des Anspruches auf Auskunftserteilung ist, endigt dieser Anspruch auch an der Grenze, wo er eine Schädigung der Gesellschaft involvieren würde. Die *einzige Beschränkung*, die sich dem Aktionär daher bei der Ausübung seines Aufschlußrechts entgegenstellt, ist die Unterordnung unter das Ganze, unter die Interessen der Gesamtheit der Gesellschafter und damit unter das Interesse der Gesellschaft selbst. Diese Unterordnung findet ihren Ausdruck in den früher eingehend umschriebenen Schranken des Gesellschaftsgeheimnisses und dem Verbot des Rechtsmißbrauchs, die sich der Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung im Einzelfall entgegenstellen. Nur dieses Kriterium der *Schranke der Interessen der Gesellschaft* verdient allein Beachtung³¹⁹. Die Aufgabe, einerseits die Gesellschaft vor jeder sie schädigenden Offenlegung gesellschaftlicher Verhältnisse und anderseits den Aktionär in seinem berechtigten Bedürfnis nach umfassender Aufklärung zu schützen, findet somit darin ihre Verwirklichung, daß auf der einen Seite die Verweigerung einer jeden die Gesellschaft schädigenden Auskunftserteilung innerhalb der Schranken des Gesellschaftsgeheimnisses und des Rechtsmißbrauchs als gerechtfertigt erklärt und auf der andern Seite dem Aktionär ein gegenständlich unbeschränktes Recht auf Auskunfts-

³¹⁸ Ebenso u.a. J.G. Egger 10; Ronner 33; Dech 17.

³¹⁹ Ebenso ausdrücklich Ronner 41 und im Ergebnis A. Wieland 378. Auch das Bundesgericht befürwortet ein gegenständlich unbeschränktes Recht auf Auskunftserteilung, das nur durch die Rücksichtnahme auf das Geschäftsgeheimnis begrenzt sein soll (BGE 54 II 25).

erteilung unter Vorbehalt der Ausübung seines Rechtes in Beachtung dieser Schranken zuerkannt wird³²⁰.

Dieser Stellungnahme zugunsten eines gegenständlich unbeschränkten, nur durch die Schranken der Auskunftserteilung begrenzten Aufschlußrechts des Aktionärs entspricht auch die Lösung des Gesetzgebers in der Formulierung des letzten Endes richterlich durchsetzbaren Umfanges der Auskunftserteilung. Art. 697 III stellt dem Richter — ebenfalls unter Vorbehalt der Interessen der Gesellschaft — die Gutheißung von Aufschlußbegehren «über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen» anheim. Eine dem Gesetzeswortlaut und — was wesentlicher ist — der ratio legis entsprechende inhaltliche Umschreibung des Rechts auf Auskunftserteilung muß sich daher mit dem *Begriff der Erheblichkeit*³²¹ auseinandersetzen. Diese Auseinandersetzung braucht jedenfalls an dieser Stelle nur eine kurze zu sein. Unter Berücksichtigung sämtlicher, die Stellung des Aktionärs bestimmenden Faktoren und unter Zugrundelegung der früheren Erkenntnisse über den rechtlichen Charakter des einen Bestandteil des Kontrollrechts bildenden Rechts auf Auskunftserteilung drängt sich die zwingende Folgerung auf, daß grundsätzlich alle Tatsachen des Gesellschaftslebens für den Aktionär als risikobeteiligten Gesellschafter und damit für die Ausübung seines Kontrollrechts erheblich sind³²². Wollte man sich auf einen andern Standpunkt stellen und der Verwaltung als für die Auskunftserteilung in erster Linie zuständigem Organ den Entscheid darüber überlassen, ob ein Aufschluß-

³²⁰ Das schwedische Gesetz über Aktiengesellschaften vom 12. August 1910 (mit verschiedenen Abänderungen) hatte diese Elemente in § 85 III, der von der GV zur Feststellung der Bilanz und Beschlußfassung über die Entlastung handelt, sehr zweckmäßig wie folgt formuliert:

«Der Vorstand ist gehalten, auf der in diesem Paragraphen behandelten Versammlung, soweit Aktionäre dies begehren und es ohne Schaden für die Gesellschaft geschehen kann, ihm zu Gebote stehende weitere Aufklärungen über Verhältnisse zu erteilen, die für das Urteil über den Wert des Gesellschaftsvermögens und die Lage der Gesellschaft überhaupt von Einfluß sein können.» (aus ZHK 72 [1912] 193).

Im Jahre 1946 ist ein neues Aktiengesetz in Schweden in Kraft getreten, von dem jedoch noch keine Uebersetzungen bestehen.

³²¹ Zum gleichen Ergebnis gelangen Lehner 85, Gamma 103 und A. Wieland 378 mit dem Begriff des «Wesentlichen». Vgl. auch RGSt 41, 298.

³²² Ebenso Wulfsohn 166. Vgl. dazu insbes. die vorne, 106 ff., gegebenen praktischen Beispiele. Jene Kasuistik ist jedenfalls mit der hier gegebenen umfassenden Umschreibung des Begriffes der Erheblichkeit nicht entbehrlich geworden, weil sie für die Praxis ein Leitfaden sein und insbes. die notwendigen Anhaltspunkte für den Umfang der Mindestaufschlußpflicht vermitteln soll. Zur besonderen Bedeutung dieses Begriffes für die Auskunftserteilung über Unternehmenszusammenfassungen vgl. hinten 263 ff.

begehren erheblich sei oder nicht, so wäre ihr damit ein zusätzlicher Verweigerungsgrund über die eigentlichen Schranken der Auskunftserteilung hinaus in die Hand gegeben, für welchen offenbar kein Bedürfnis besteht, der aber andererseits nur neue Mißbrauchsmöglichkeiten in bezug auf eine ungerechtfertigte Verweigerung der Auskunftserteilung hinaus in die Hand gegeben, für welchen offenbar kein Begriff der Erheblichkeit erst im konkreten Fall konkrete Gestalt annehmen kann. Auch diese Abhängigkeit des Begriffes der Erheblichkeit vom Einzelfall steht deshalb einer anderen als der hier vertretenen Lösung entgegen.

Damit wird der Kontrolle des Aktionärs allerdings ein weites Gebiet unterstellt. In ihrer *praktischen Auswirkung* kann aber diese Inhaltsbestimmung keine Bedenken erwecken. Begehren um Auskunftserteilung sind praktisch nur möglich, wenn aus bereits gemachten Angaben oder sonstigen bekanntgewordenen Umständen eines Einzelfalles Unklarheiten und Unsicherheit vorhanden sind. Der außenstehende Aktionär weiß dagegen regelmäßig über die inneren Verhältnisse der Gesellschaft nicht Bescheid und hat auf jeden Fall keine Kenntnis über Einzelheiten der Geschäftsführung. Ueber absolut unbekannte Gegenstände wird sich aber nie ein Bedürfnis nach Aufschlüssen erheben. Der Großteil der Aufschlußbegehren wird daher unter Zugrundelegung der der GV gemäß Art. 696 I bekanntzugebenden Dokumente gestellt werden, denn darin spiegeln sich die Hauptverhältnisse der AG wider. Die Hauptsache für die Großzahl der Aktionäre — und insbesondere für jene, denen das Recht auf Auskunftserteilung als einziges Mittel zur Durchsetzung ihrer Kontrolle dient — ist das wirtschaftliche Ergebnis und der sich daran anschließende Gewinn. Die einzelnen geschäftlichen Vorgänge sind ihnen dabei in der Regel gleichgültig. Erst in «Krankheitsfällen» kümmern sich die Aktionäre — zu Recht — auch um Einzelheiten der Geschäftsführung³²³. In solchen Fällen besteht dann aber auch kein berechtigter Grund, sich gegen solche weitgehende Aufschlußbegehren zu sträuben. Die Befürchtung, die Verwaltung werde durch Aufschlußbegehren über jede Einzelheit der Geschäftsführung in ihrer Initiative und Selbständigkeit gehemmt und eventuell sogar an der Vornahme zweckmäßiger Geschäfte durch Sachunkundige gehindert³²⁴, ist daher rein theoretisch und entspricht den praktischen Verhältnissen nicht. Dagegen ist es nicht angängig, «Aufschlußbegehren über Einzelheiten der Geschäfts-

³²³ Düringer/Hachenburg, Einl. Anm. 107.

³²⁴ Ring/Schachian 394.

führung und solche von geringer Bedeutung» grundsätzlich auszuschließen³²⁵ oder nur Aufschlüsse allgemeiner Natur zuzulassen³²⁶, denn die Erheblichkeit einer Tatsache bestimmt sich nicht nach ihrem Verhältnis zu anderen Tatsachen der Geschäftsführung, sondern nach ihrer Bedeutung für das Kontrollrecht des Aktionärs. Das praktische Anwendungsgebiet des Rechts auf Auskunftserteilung trifft jedenfalls letzten Endes somit nur ein beschränktes Gebiet aller das Gesellschaftsleben bestimmenden Tatsachen.

Für die Beurteilung eines konkreten Aufschlußbegehrens ergeben sich daher die folgenden *Richtlinien*. Ausgehend von der grundsätzlichen Erheblichkeit jedes Aufschlußbegehrens erfordert dieser Begriff vorerst keine Abklärung. Entsprechend der grundsätzlichen Stellungnahme zugunsten des Vorranges des Gesellschaftsschutzes muß dagegen in erster Linie geprüft werden, ob dem verlangten Aufschluß irgendeine Schranke im früher umschriebenen Sinne entgegensteht. Diese Frage ist vom Standpunkt der Interessen der Gesellschaft aus zu beurteilen. Steht der Auskunftserteilung keine Schranke entgegen, so stellt sich die Frage des konkreten Umfangs des verlangten Aufschlusses in sachlicher Beziehung. In diesem Zusammenhang erlangt nun der Begriff der Erheblichkeit wieder Bedeutung, indem der sachliche Inhalt der Auskunftserteilung so zu bemessen ist, daß Gewähr dafür besteht, der Aktionär werde durch die Offenlegung wirklich ausreichend orientiert. Das kann nur erreicht werden, wenn dabei von der Erheblichkeit des begehrten Aufschlusses im Hinblick auf die Ausübung des Kontrollrechts der Aktionäre bzw. von der Erheblichkeit des Aufschlusses für die Beurteilung der gesamten Lage der Gesellschaft ausgegangen wird. Dem konkreten Umfang der Offenlegung im Einzelfall ist somit das Interesse des Aktionärs an der Auskunftserteilung als Maßstab zugrundezulegen³²⁷, nicht aber das Interesse der Gesellschaft, auf welches schon bei der Frage nach dem Vorliegen einer Schranke der Auskunftserteilung Rücksicht genommen wurde. Der Begriff der Erheblichkeit erlangt auf diese Weise keine direkte Bedeutung in dem Sinne, daß er für die Frage, was Gegenstand eines Aufschlußbegehrens sein kann, wesentlich ist, sondern vielmehr nur indirekte Bedeutung, indem er für die Frage, wie, d.h. wieweit, Aufschluß zu erteilen ist, ausschlaggebend ist. Die Orientierung hat dabei so weit zu gehen, als noch anzunehmen ist, sie sei für den Aktio-

³²⁵ So Grünpeter 103 und ähnlich Ring/Schachian 396.

³²⁶ So Capitaine 80 a.

³²⁷ Vgl. zu diesen subjektiven Gegebenheiten des Rechts auf Auskunftserteilung auch Ronner 35.

när noch erheblich im Sinne des Gesetzes. Bietet diese Abgrenzung Schwierigkeiten, so kann als Maßstab für diese Erheblichkeit insbesondere auf den Zweck der gesetzlichen oder statutarischen Vorschrift, mit welcher das Aufschlußbegehren in Zusammenhang steht, abgestellt werden³²⁸. Im übrigen wird sich die Verwaltung als dafür in erster Linie zuständiges Organ bei der Bemessung des sachlichen Umfangs einer konkreten Auskunftserteilung auf ihre geschäftliche Erfahrung und ihren gesunden Menschenverstand zu verlassen haben.

Bei der Bemessung des konkreten Umfangs einer Auskunftserteilung wird schließlich auch noch ein allgemeiner Faktor Bedeutung erlangen. Das *Auffassungsvermögen des einzelnen Aktionärs*, im weiteren Sinne der Generalversammlungen schlechthin, wird in der Regel ein verschiedenes sein. Es kann für das Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung nach den gleichen Richtlinien bestimmt werden, wie sie von Wissenschaft und Rechtsprechung für die im Hinblick auf die Entlastung der Gesellschaftsorgane notwendigen Mitteilungen aufgestellt wurden, da die den Décharge-Beschluß betreffende Aufschlußerteilung nur ein Teilgebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung überhaupt darstellt. Dabei stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die strengere will für das Auffassungsvermögen des Aktionärs auf die Kenntnisse eines sorgfältigen Geschäftsmannes abstellen, von dem erwartet werden dürfe, daß er Aktiengesetz und kaufmännischen Betrieb genau kenne³²⁹. Demgegenüber stellt die zweite, heute vorherrschende Ansicht einen viel milderen Maßstab an das Auffassungsvermögen des Aktionärs und verlangt, es sei für die Entscheidung der Frage, was sich aus bestimmten Unterlagen herauslesen lasse, auf die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen abzustellen³³⁰. Eine generelle Festsetzung des dem einzelnen Aktionär und im weiteren Sinne der GV zumutbaren Auffassungsvermögens wird nun allerdings nicht möglich sein. Dazu sind die Verhältnisse in der Praxis denn doch zu verschieden. Während bei Gesellschaften, deren Mitgliederbestand sich aus dem breiten Publikum rekrutiert, die Auffassung des Bundesgerichts am Platze sein wird, dürfte in Generalversammlungen, die sich ausschließlich aus Generaldirektoren, Verwaltungsräten, Delegierten von beteiligten Unternehmen usw., also aus gewiegten Geschäftsleuten zusammensetzen, die strengere Ansicht die richtige sein. Für die Um-

³²⁸ Vgl. die Beispiele vorne 106 ff., insbes. etwa 108 ff., 113 ff., 128/29, 131/32.

³²⁹ Bachmann (zit. vorne 120, Anm. 96) 698.

³³⁰ BGE 65 II 14 gestützt auf Horowitz, Recht der GV, 388; Schucany, N 1 zu Art. 724; Peyer 63.

fangsbestimmung der Auskunftserteilung im Einzelfall ist daher jedesmal auf die konkreten Umstände abzustellen, vor allem auf die Art der Gesellschaft und den allgemeinen Bildungsstand der Aktionäre in kaufmännischer Hinsicht, wobei natürlich bei gemischter Zusammensetzung auf das mindere Auffassungsvermögen abgestellt werden muß³³¹. Der im konkreten Falle anzuwendende Maßstab wird sich somit zwischen dem Auffassungsvermögen eines sorgfältigen Geschäftsmannes und demjenigen eines bonus pater familias bewegen. Letzten Endes wird es auch hier wieder Aufgabe des Richters sein, den der konkreten Sachlage entsprechenden Umfang der Auskunftserteilung zu bestimmen.

Mit den aufgestellten Grundsätzen sind die Anforderungen, welche Neidhardt³³² und Grünpeter³³³ für die Berechtigung eines Aufschlußbegehrens grundsätzlich richtig aufstellen, erfüllt. Sie verlangen, daß eine Auskunftserteilung rechtlich zulässig und rechtlich erforderlich sei. Beiden Voraussetzungen kann grundsätzlich beigegeben werden. Das *Erfordernis der rechtlichen Zulässigkeit* findet seine Erfüllung in den Schranken der Auskunftserteilung im Sinne eines Schutzes der Interessen der Gesellschaft. Dem *Erfordernis der rechtlichen Erforderlichkeit* hingegen ist entsprochen mit der Umschreibung der Erheblichkeit. Diese ist aber entgegen den Ansichten der beiden genannten Autoren nicht im Hinblick auf die Beschlußfassung (Neidhardt) oder im Hinblick auf die zweckmäßige Ausübung des Stimm-, Debatte- und Anfechtungsrechtes (Grünpeter), sondern entsprechend dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes im Hinblick auf die Ausübung des Kontrollrechts des Aktionärs zu umschreiben und erlangt nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht nur indirekte Bedeutung für den Umfang der Auskunftserteilung.

Will man nach diesen Ausführungen den Inhalt des Rechts auf Auskunftserteilung materiell umschreiben, so gelangt man zu folgender Definition:

Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung besteht grundsätzlich für alle Tatsachen, die zur Beurteilung der gesamten Lage einer AG von Bedeutung sind, insbesondere für die zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft (Vermögensstand), speziell der Erläuterung des Jahresabschlusses, sowie der Tätigkeit der Gesellschaft im weitesten Sinne (Geschäftsführung und Durchfüh-

³³¹ Ebenso Piconi (zit. vorne 118, Anm. 91) 105.

³³² 104 ff.

³³³ 95.

rung der Revision) erheblichen Tatsachen, unter Vorbehalt der Sonderregelung bezüglich der stillen Reserven, soweit der Auskunftserteilung keine berechtigten Interessen der Gesellschaft (Schranke des Geschäftsgeheimnisses und des Rechtsmißbrauchs) entgegenstehen.

Ueber die einzelnen Formulierungen dieses Versuchs einer Umschreibung mögen die Meinungen auseinandergehen; die darin enthaltenen Grundsätze dürften aber dem Wesen und Zweck sowie der Ausgestaltung des Rechts auf Auskunftserteilung im schweizerischen Aktienrecht in allen Teilen Rechnung tragen. Die gegebene Definition will nichts anderes sagen, als daß der Aktionär darauf Anspruch haben soll, über die Verwendung des der Verwaltung zu treuen Händen anvertrauten Kapitals, über die damit erzielten Ergebnisse und schließlich über die allgemeine Lage der Gesellschaft unter Vorbehalt der Schranken der Auskunftserteilung so ausreichend aufgeklärt zu werden, daß er vor allem den Wert seiner Beteiligung an der Gesellschaft und die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung richtig beurteilen kann. Einerseits soll somit der Aktionär sein Aufschlußrecht nur soweit geltend machen können, als dadurch die Interessen der Gesellschaft nicht verletzt werden, anderseits soll aber die Verwaltung verpflichtet sein, dem Aktionär über alle Tatsachen erschöpfend Aufschluß zu geben, die nicht im Interesse der Gesellschaft eine Geheimhaltung erfordern. Die gewählte Umschreibung weist dabei natürlich die gleichen Mängel auf, denen allgemeine Definitionen regelmäßig ausgesetzt sind. Es kommt ihr — wie der gesetzlichen Kompromißlösung — jedenfalls nur relative Bedeutung zu. Die richtige Lösung muß auch hier wie überall im Einzelfall gesucht werden, denn die Entscheidung, wie weit im konkreten Fall mit der Offenlegung gegangen werden muß und kann, damit das Aufschlußrecht des Aktionärs nicht ungerechtfertigt verletzt und anderseits auch die Gesellschaft nicht geschädigt wird, kann nicht allgemeingültig, sondern eben nur von Fall zu Fall getroffen werden. Wie diese Entscheidung in der Regel richtig zu treffen sein wird, dazu sollen die früher einläßlich gegebenen praktischen Beispiele als Richtlinien dienen. Sie werden es letzten Endes erst ermöglichen, den notwendigen und zulässigen Umfang der Auskunftserteilung im konkreten Falle zu bestimmen.

Die Ansicht eines Praktikers des Aktienrechts, der als Maßstab für die Umfangsbestimmung der Auskunftserteilung auf die *kaufmännische Uebung* zurückgreifen will³³⁴, ist deshalb jedenfalls nicht weit von

³³⁴ Henggeler, Kontrollrecht, 207.

der zutreffenden Lösung entfernt. Es gibt aber auch bestimmte *Essentialien der aktienrechtlichen Auskunftserteilung* wie der aktienrechtlichen Publizität überhaupt, deren Herausarbeitung in den vorstehenden Ausführungen versucht wurde. Es mußte dabei letzten Endes eine elastische Lösung gesucht werden, die allen praktischen Verhältnissen gerecht zu werden vermag, wie das auch in der dem deutschen Gesetzgeber nahegelegten Empfehlung der Arbeitsgruppe zur Untersuchung der Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen zum Ausdruck kommt, wenn dort gesagt wird, es sei «im Interesse der Aktionäre und der Allgemeinheit auf eine so weitgehende Publizität zu drängen, wie sie ohne Nachteile für die Gesellschaft möglich ist, aber hier nicht starre Einzelregeln, sondern generelle Vorschriften zu treffen, die es gestatten, die Verschiedenheiten bei den einzelnen Gesellschaften und die fortschreitende wirtschaftliche Entwicklung zu berücksichtigen»³³⁵.

³³⁵ Ausschuß III 93.

4. Kapitel

Ausübung und Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung

Nachdem in den vorhergehenden drei Kapiteln die rechtliche Grundlage und der allgemeine Charakter, die Subjekte sowie der materielle Inhalt des Rechts auf Auskunftserteilung dargestellt worden sind, muß nun als Abschluß des allgemeinen Teiles dieser Arbeit noch der *formelle Inhalt des Rechts auf Auskunftserteilung*, d.h. die diesem Rechtsinstitut eigenen, formell-rechtlichen Ausübungs- und Durchsetzungsmöglichkeiten, untersucht werden. Damit zerfällt das bisher einheitlich behandelte Rechtsinstitut in seine einzelnen Bestandteile, wie sie in Art. 697 ausgestaltet sind: einerseits in die beiden *eigentlichen Ausübungsformen* des Rechts auf Auskunftserteilung — das Auskunfts- und das Einsichtsrecht — sowie anderseits in die *richterliche Durchsetzungsform* — das Klagerecht auf Auskunftserteilung¹.

Eine Unterscheidung der formellen Bestandteile des Rechts auf Auskunftserteilung ist unerläßlich, und zwar nicht nur bezüglich einer Abgrenzung der Ausübungsformen gegenüber dem Klagerecht, sondern auch unter den ersteren selbst. Wohl unterstehen sowohl das Auskunfts- als auch das Einsichtsrecht den für das Recht auf Auskunftserteilung allgemein aufgestellten materiellen Grundsätzen, insbesondere was ihren Umfang und ihre Schranken anbetrifft, und dienen auch dem gleichen Zweck — der Orientierung des Aktionärs über die Verhältnisse der Gesellschaft. Im übrigen weisen aber die beiden Rechte nichts Gemeinsames mehr auf, sondern unterscheiden sich wesentlich in ihrer juristischen Natur sowie in den Voraussetzungen und der Art ihrer Ausübung. Und schließlich kann auch nur von dieser grundlegenden Erkenntnis aus das Klagerecht auf Auskunftserteilung richtig verstanden und dargestellt werden.

¹ Vgl. auch vorne 22, insbes. zu der mangelnden Unterscheidung dieser Rechte in den früheren Arbeiten.

I. DAS RECHT AUF AUSKUNFT

(Art. 697 I)

1. Die juristische Natur des Auskunftsrechts

Für die Charakterisierung des Auskunftsrechts nach seiner juristischen Natur kann auf der früher vorgenommenen Einteilung der Aktionärrechte² aufgebaut werden. Das Recht auf Auskunft ist demnach, entsprechend der ihm innewohnenden inhaltlichen Berechtigung, ein *Mitverwaltungsrecht*. Das Auskunftsrecht des Aktionärs ist ferner der Art seiner Ausübung nach ein *Einzelrecht*; es kann also m.a.W. von jedem einzelnen Aktionär geltend gemacht werden, ohne daß dieser dazu der Unterstützung durch eine Minderheit oder durch die Mehrheit bedarf. Das Auskunftsrecht ist aber als Einzelrecht nicht nur unabhängig von Mehrheitsbeschlüssen, sondern kann überhaupt keinen formellen Beschränkungen unterworfen werden. Der Wortlaut des Gesetzes läßt darüber keinen Zweifel zu; jeder Aktionär ist nach dem Gesetz unzweifelhaft berechtigt, kraft eigenen Rechtes die aufschlußpflichtigen Organe um Auskunft anzugehen, ohne zuvor die Erlaubnis eines Gesellschaftsorgans einholen zu müssen. Das Auskunftsrecht kann daher unabhängig von Mehrheitsbeschlüssen oder der Ermächtigung eines Gesellschaftsorgans ausgeübt werden³. Es unterliegt lediglich materiellen Beschränkungen, während irgendeine formelle Beschränkungsmöglichkeit nicht besteht. Die aufschlußpflichtigen Organe sind somit im Rahmen seines materiellen Inhaltes zur Auskunftserteilung schlechthin verpflichtet.

Es ist daher nicht angängig, den Aktionär nach Verweigerung seines Auskunftsbegehrens verpflichten zu wollen, sich an die GV wenden zu müssen, damit diese sein Begehren zu ihrem eigenen mache⁴. Abgesehen davon, daß das Auskunftsrecht der GV letzten Endes doch nicht weiter geht als dasjenige des Aktionärs — auch die GV ist an die Schranke der Gesellschaftsinteressen gebunden — und dieses Recht der GV wegen der regelmäßig bestehenden Machtverhältnisse innerhalb der AG meistens praktisch bedeutungslos ist, stehen die-

² Vgl. vorne 45/6.

³ Ebenso Neidhardt 85 und 93; Ronner 38; A. Wieland 377; Peyer 58.

⁴ Unzutreffend deshalb Wieland II 196; Peyer 64; Muheim 34/5; Senarclens 300; Janggen/Becker, N 9 zu Art. 819 II (für das gleichlautende Recht der GmbH bei Bestehen einer Kontrollstelle). Diese Möglichkeit besteht nur beim Einsichtsrecht des Aktionärs.

ser Ansicht auch rechtliche Bedenken entgegen. Diese Forderung entspricht im Grunde genommen der vom Reichsgericht unter der Geltung des HGB begründeten Praxis, welche ein Individualrecht des Einzelaktionärs überhaupt ablehnte und eine Rechtspflicht zur Aufschlußerteilung erst für Aufschlußbegehren der GV annahm⁵. Sie kann aber für das schweizerische Recht ohne Mißachtung der klaren gesetzlichen Regelung nicht vertreten werden. Die GV hat auf die Ausübung des Auskunftsrechts des Aktionärs, das vom schweizerischen Gesetzgeber eindeutig als *ein von keinen formellen Voraussetzungen abhängiges Einzelrecht* ausgestaltet wurde, überhaupt keine Beeinflussungsmöglichkeit. Ebensowenig steht es etwa der Verwaltung zu, die Ausübung dieses Rechtes von ihrer Ermächtigung abhängig zu machen. Das Recht des Aktionärs auf Auskunft ist *nur materiell beschränkbar*, indem es dann zessiert, wenn durch seine Ausübung eine Schädigung der Gesellschaft zu erwarten ist.

Das Einzelrecht auf Auskunft charakterisiert sich damit als *wohlerworbenes Recht*. Es erfüllt beide Voraussetzungen, welche Art. 646 II für die Bestimmung eines wohlerworbenen Rechtes aufstellt; es ist einerseits von den Beschlüssen der GV und der Verwaltung unabhängig und entspringt anderseits dem Recht auf Beteiligung an der GV. Dieser wohlerworbene Charakter wird vom Gesetz zudem noch in Art. 697 IV ausdrücklich hervorgehoben, wenn dort bestimmt wird, daß die Kontrollrechte der Aktionäre weder durch die Statuten noch durch Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans aufgehoben oder beschränkt werden können. Das bedeutet nun aber nicht, daß das Auskunftsrecht schlechthin unentziehbar oder schlechthin unbeschränkbar sei, denn wohlerworben will nicht das besagen, sondern lediglich ausdrücken, daß das betreffende Recht *r e l a t i v* unentziehbar oder unbeschränkbar, d.h. nur mit Zustimmung der Beteiligten entziehbar oder nur unter bestimmten Bedingungen und bis zu einer bestimmten Grenze beschränkbar ist⁶. Mit der Zuerkennung des wohlerworbenen Charakters wird das Auskunftsrecht des Aktionärs deshalb so, wie es im Gesetz seine Ausgestaltung erfahren hat, garantiert, also jedenfalls unter Vorbehalt seiner materiellen Schranken, der Interessen der Gesellschaft. Ein genereller Entzug dieses Rechtes durch Beschluß einer entsprechenden Statutenbestimmung seitens der GV wäre dagegen nichtig⁷.

⁵ RGZ 82, 182 ff.

⁶ Vgl. Weiß 515 ff. und Wieland II 186/87.

⁷ Ebenso Grünpeter 127 und allgemein Weiß 516.

2. Zeitpunkt und Art der Ausübung

Das Auskunftsrecht des Aktionärs kann grundsätzlich nur *in der GV* ausgeübt werden. Diese Ansicht ergibt sich einerseits aus der rechtlichen Grundlage des Rechts auf Auskunftserteilung im allgemeinen, das dem Aktionär nicht auf Grund seiner mitgliedschaftlichen Stellung, sondern nur im Rahmen einer organschaftlichen Betätigung zusteht, und sie läßt sich andererseits aus dem allgemeinen Grundsatz, daß die Aktionäre ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der GV auszuüben haben (Art. 689 I), ableiten. Sie ist im übrigen in Literatur und Rechtsprechung unbestritten⁸. Ein dem Aktionär auch außerhalb der GV, also während des ganzen Geschäftsjahres, zur Verfügung stehendes Auskunftsrecht würde nicht nur dem Wesen des aktienrechtlichen Kontrollrechts im allgemeinen — im Gegensatz zu demjenigen in den reinen Personengesellschaften — widersprechen, sondern würde auch zu einer erheblichen und wohl meist unproduktiven Belastung der Gesellschaftsleitung führen⁹. Das will natürlich nicht besagen, daß es der Verwaltung verwehrt sei, Anfragen von Aktionären auch außerhalb der GV zu beantworten. Es wird der Gesellschaftsleitung selbst oft auch daran gelegen sein, bestimmte, ihr erwünschte Informationen ihren Aktionären oder sogar der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, vor allem wenn es sich etwa um eine Stellungnahme zu Börsengerüchten oder Zeitungsmeldungen handelt, die die Lage der Gesellschaft in falschem oder einseitigem Lichte erscheinen lassen. Eine Pflicht dazu besteht jedoch auf keinen Fall.

Das Bundesgericht hat auf Grund des alten Rechts entschieden, daß der Aktionär sein Auskunftsrecht auch schon während der achttägigen Auflagefrist (Art. 641 I aOR) mit schriftlicher Eingabe an die Kontrollstelle geltend machen könne¹⁰. Diese dem Zweck der gesetzlichen Vorschrift sicherlich entsprechende Auslegung kann auch für das revi-

⁸ Vgl. vorne 43; ferner Neidhardt 133, Ronner 35/6 und ZR 32, 263 für die Genossenschaft. Für die von Janggen, 210, und Grünpeter, 53, angeführten Ausnahmefälle stehen andere Rechtsbehelfe (Verantwortlichkeitsklage) zur Verfügung. Abweichend nur Janggen/Becker, N 8 zu Art. 819 II. Ausdrücklich auch die deutsche Literatur, vgl. u.a. Netter, Auskunftspflicht, 21 und Staub/Pinner, Anm. 24 zu § 260 HGB.

⁹ Vgl. den unbefriedigenden Versuch einer solchen Ausgestaltung im Entwurf Hofmannsthal zum österreichischen Aktiengesetz § 88 IV (ZBH 1 [1926] 96) und dazu Neidhardt 132.

¹⁰ BGE 54 II 25 gestützt auf Bachmann, N 4 zu Art. 641 aOR und die nachfolgende Literatur.

dierte OR ohne weiteres anerkannt werden¹¹. Allerdings muß diese schriftliche Ausübung des Auskunftsrechts während der neuen Frist von zehn Tagen (Art. 696 I) natürlich nicht nur gegenüber der Kontrollstelle, sondern auch gegenüber der Verwaltung möglich sein. Wenn die Verwaltung nach feststehender Ansicht auch zur Auskunftserteilung nach Art. 697 I verpflichtet ist, dann ist sie es selbstverständlich im ganzen Umfange der mit dem Auskunftsrecht verbundenen formellen Ausübungsmöglichkeiten. Die *Ausübung des Auskunftsrechts durch schriftliche Eingabe innerhalb der Auflagefrist von Art. 696 I* dient im übrigen den Interessen der Gesellschaft wie der Aktionäre und weist verschiedene praktische Vorteile auf. So wird der Gesellschaft bzw. dem betreffenden auskunftspflichtigen Organ Gelegenheit gegeben, die Tragweite des Auskunftsbegehrens genau abzuklären und die nötigen Vorbereitungen zu treffen, um die Auskunft umfassend und sachgemäß erteilen zu können. Damit wird das für die Gesellschaft oft unangenehme Ueberraschungsmoment eines mündlichen Begehrens in der GV ausgeschaltet und gleichzeitig dem Aktionär Gewähr für eine sachlich fundierte Auskunft geboten¹². Dem aufschlußpflichtigen Organ steht es frei, das schriftliche Begehren auch schriftlich vor Abhaltung der GV zu beantworten¹³; eine Verpflichtung dazu besteht aber nicht¹⁴. Wird das schriftliche Auskunftsbegehren abgelehnt, so ist die Verweigerung als definitiv zu betrachten. Es kann deshalb vom Aktionär nicht verlangt werden — steht ihm aber natürlich frei —, daß er sein Begehren noch einmal mündlich in der GV stelle, um ein Klagerecht auf Auskunftserteilung zur Verfügung zu haben¹⁵.

Die Regel wird allerdings die *mündliche Ausübung des Auskunftsrechtes in der GV* sein, womit der Aktionär einen Anspruch auf münd-

¹¹ Ebenso Muheim 33 und A. Wieland 377; Peyer 59, mit Einschränkung. a.M. nur Schucany, N 3 zu Art. 697.

¹² Eine Statutenbestimmung, wonach der Aktionär verpflichtet wäre, seine Aufschlußbegehren innerhalb der zehntägigen Bekanntgabefrist schriftlich einzureichen oder sie wenigstens anzuzeigen, würde — sofern sie im Sinne einer Ordnungsvorschrift gehalten wäre — jedenfalls nicht gegen das Gesetz verstoßen. Vgl. im übrigen die früheren Ausführungen bezüglich des zu empfehlenden Vorgehens in der Praxis und die dafür aufgestellten Grundsätze, vorne 73 ff., die gleicherweise auch für die schriftliche Auskunftserteilung gelten.

¹³ Daraus kann sich insbes. die Möglichkeit einer materiellen Erweiterung der Auskunftserteilung im Sinne der früheren Ausführungen bezüglich einer Abstufung der Auskunftserteilung nach dem Typus des Aktionärs ergeben, vgl. vorne 164 ff.

¹⁴ a.M. Janggen 210 ohne überzeugende Begründung.

¹⁵ Unzutreffend daher Lehner 125.

liche Stellungnahme durch die Gesellschaftsorgane erlangt. Dieser Anspruch ist insofern ein unbedingter, als das auskunftspflichtige Organ verpflichtet ist, auf das Begehren einzutreten und sich dazu zu äußern¹⁶. Ob das in ablehnendem oder zustimmendem Sinne geschieht, steht in den Schranken des Gesetzes in seinem Ermessen. Der Aktionär kann deshalb auch Negativerklärungen verlangen, z.B. die Versicherung, daß keine Veruntreuungen vorgekommen seien. Selbstverständlich ist, daß das Auskunftsbegehren eindeutig formuliert sein muß; ist das nicht der Fall, so ist das auskunftspflichtige Organ verpflichtet, das Ziel des Begehrens durch geeignete Fragen an den Aktionär abzuklären. Ist der Aktionär von der erteilten Auskunft befriedigt, so soll er dies erklären; andernfalls soll er zum Ausdruck bringen, daß er gewillt sei, auf seinem Recht zu beharren und den Richter anzurufen, womit allein schon in vielen Fällen ein Prozeß vermieden werden kann. Einem Aktionär gegenüber, der mit der Ausübung seines Auskunftsrechts den geordneten Verlauf der GV offenkundig stört, indem er etwa die Fassung bestimmter Beschlüsse zu verzögern sucht, stehen dem Vorsitzenden der Versammlung bzw. der GV die gleichen Disziplinarmaßnahmen zu, welche gegenüber einer schikanösen Ausübung des Debatterechts zur Verfügung stehen¹⁷.

Im Falle der mündlichen Ausübung des Auskunftsrechts muß schließlich noch die Einhaltung einer Formvorschrift verlangt werden, die sich nicht aus dem Gesetz, aber aus praktischen und vor allem prozessualen Bedürfnissen ergibt. Ein Begehren um richterliche Durchsetzung der Auskunftserteilung kann sich richtigerweise nur auf jene Punkte erstrecken, die anläßlich der GV oder innerhalb der zehntägigen Auflagefrist zum Gegenstand eines Aufschlußbegehrens gemacht worden sind¹⁸. Um die Tatsache der Geltendmachung von Auskunftsbegehren, deren Formulierung und die von der Gesellschaft erteilte Auskunft später im richterlichen Verfahren noch belegen zu können, muß daher verlangt werden, *daß Auskunftsbegehren und Auskunftserteilung oder deren Verweigerung zu Protokoll gegeben werden*¹⁹. Da das GV-Protokoll grundsätzlich nur Beschlußprotokoll ist²⁰,

¹⁶ Sofern sich der Aufschluß begehrende Aktionär damit einverstanden erklärt und nicht andere Aktionäre dagegen opponieren, kann die Auskunft innerhalb einer zu bestimmenden Frist auch schriftlich erteilt werden; vgl. auch vorne 208, Anm. 12.

¹⁷ Vgl. vorne 23/4.

¹⁸ Näheres dazu hinten 226/27.

¹⁹ Ebenso Netter, Auskunftspflicht, 56; Lehner 125/26; Bürgi, N 77 zu Art. 662/63.

²⁰ Vgl. Bericht II 69; Schucany, N 2 zu Art. 702; F. v. Steiger 187.

sind Auskunftsbegehren ausdrücklich als «zu Protokoll gegeben» zu bezeichnen (Art. 702 II). Das Protokoll der GV ist im übrigen den Aktionären zur Einsicht offen zu halten, und es ist ihnen auf Verlangen auf Kosten der Gesellschaft eine Abschrift der Protokollstelle auszuhändigen, welche die von ihnen zu Protokoll gegebenen Erklärungen und die Stellungnahme der Gesellschaftsorgane dazu enthält²¹.

Wird die begehrte Auskunft vom zuständigen Organ, in der Regel von der Verwaltung, verweigert oder ungenügend erteilt — was einer Verweigerung gleichzusetzen ist —, so hat sich der Aktionär vorerst damit abzufinden, daß sein Auskunftsbegehren nicht zum Ziele geführt hat. Den das Auskunftsbegehren ablehnenden Verwaltungsratsbeschluß kann er jedenfalls nicht anfechten, weil das schweizerische Aktienrecht nur die Anfechtung von GV-Beschlüssen vorsieht²². Dagegen stehen dem Aktionär zur Erlangung des von ihm gewünschten Aufschlusses noch folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung: die Geltendmachung seines Rechts auf Einsicht (Art. 697 II) oder die unmittelbare Anrufung des Richters gemäß Art. 697 III²³.

II. DAS RECHT AUF EINSICHT

(Art. 697 II)

1. Die juristische Natur des Einsichtsrechts

Auch für die Bestimmung der juristischen Natur des Einsichtsrechts kann auf die frühere Einteilung der Aktionärrechte²⁴ verwiesen werden. Das Einsichtsrecht des Aktionärs ist dementsprechend auch ein *Mitverwaltungsrecht* wie das Auskunftsrecht. Es qualifiziert sich ferner der Art seiner Ausübung nach auch als ein *Einzelrecht*, denn jeder einzelne Aktionär kann es geltend machen. Seine Ausübung selbst aber ist im Gegensatz zum Auskunftsrecht des Aktionärs weitgehenden formellen Beschränkungen unterworfen. Der Aktionär kann ge-

²¹ So auch die französische Praxis, vgl. SAG 11 (1938/39) 229/30. Für eine Einsicht in das GV-Protokoll auch F. v. Steiger 187.

²² So neuerdings auch abschließend das Bundesgericht, BGE 76 II 51 ff.

²³ Daneben besteht noch als dritte Möglichkeit die Antragstellung an die GV zur Ernennung besonderer Kommissäre oder Sachverständiger gemäß Art. 731 II (vgl. vorne 33/4), die jedoch in der Regel kaum Aussicht auf Erfolg haben dürfte (vgl. vorne 34 ff., insbes. 36).

²⁴ Vgl. vorne 45/6.

mäß Art. 697 II sein Einsichtsrecht nur ausüben, wenn dazu die Ermächtigung der GV oder der Verwaltung vorliegt. Damit ergibt sich ein erheblicher Unterschied im Stärkegrad bzw. der konkreten Entziehbarkeit gegenüber dem Auskunftsrecht, welches lediglich materiell beschränkbar ist.

Das Einsichtsrecht des Aktionärs ist somit weder von Beschlüssen der GV noch der Verwaltung unabhängig und könnte deshalb nach den in Art. 646 aufgestellten allgemeinen Grundsätzen eigentlich nicht wohlerworben sein. Wenn das Gesetz in Art. 697 IV trotzdem auch das Einsichtsrecht des wohlerworbenen Charakters teilhaftig werden läßt, dann kann dies nur im Sinne der schon zum Auskunftsrecht angestellten Betrachtungen, also nur in einem sehr relativen Sinne, verstanden werden. Wohl wird damit auch das Einsichtsrecht zu einem *wohlerworbenen Recht*, das dem Aktionär ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden kann. Die Anerkennung des wohlerworbenen Charakters garantiert das Einsichtsrecht aber wieder nur in der Form, in welcher es im Gesetz ausgestaltet wurde. Das Recht des Aktionärs auf Einsicht wird daher nur gegen einen generellen Entzug oder eine über die gesetzliche Regelung hinausgehende allgemeine statutarische Beschränkung geschützt, während die Beschränkung durch einen Beschluß der GV oder der Verwaltung im Einzelfall entsprechend der gesetzlichen Umschreibung der formellen Voraussetzungen seiner Ausübung ohne weiteres zulässig ist und nicht angefochten werden kann. So verstanden, läßt sich der scheinbare Widerspruch zwischen Art. 697 II und IV auflösen.

2. Voraussetzungen der Ausübung

«Eine Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen ist *nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der GV oder durch Beschluß der Verwaltung* . . . gestattet» (Art. 697 II). Damit hat das Gesetz die formellen Voraussetzungen für die Ausübung des Einsichtsrechts des Aktionärs eindeutig umschrieben. Seine Ausübung bedarf also entweder einer vorgängigen Erlaubnis der GV oder einer solchen der Verwaltung, deren Erteilung ganz *im freien Ermessen* dieser Gesellschaftsorgane steht²⁵. Die Einsichtnahme kann von ihnen deshalb auch aus andern Gründen als nur wegen der «Wahrung des Geschäftsgeheimnisses», insbesondere aus Gründen, die in der Person

²⁵ Ebenso Siegwart, ZSR 45 NF (1926) 268 a.

des Aktionärs liegen²⁶, verweigert werden. Die materielle Schranke der «Wahrung des Geschäftsgeheimnisses», d.h. der Interessen der Gesellschaft, bezieht sich nur auf die inhaltliche Begrenzung der einmal gewährten Einsichtnahme, während die Einsichtsverweigerung durch die beiden dafür zuständigen Organe selbst an sich keinen formellen Beschränkungen unterliegt²⁷. Auch muß eine Bekanntgabe der Ablehnungsgründe nicht erfolgen.

Die beiden Voraussetzungen zur Ausübung des Einsichtsrechts sind *alternativ* gegeben. Es steht dem Aktionär deshalb frei, welches von den beiden zuständigen Organen er um Einsicht angehen will. In normalen Verhältnissen wird letzten Endes allerdings die Verwaltung den definitiven Entscheid fällen, weil sie zur Beurteilung der Opportunität der Einsichtnahme wesentlich kompetenter ist²⁸. Der von H a g m a n n²⁹ angeführte Fall, daß die Verwaltung sich einer durch die GV beschlossenen Gewährung der Einsichtnahme widersetzen würde, erscheint deshalb rein theoretisch. Würde sich diese Situation aber trotzdem einmal ergeben, dann könnte der Aktionär nicht — wie Haggmann dies analog zu Art. 697 III vorsieht — auf den beschwerlichen Weg der richterlichen Durchsetzung und schon gar nicht an die nächste GV verwiesen werden. Wenn der Aktionär die Ermächtigung der GV zur Einsicht hat, dann besitzt er einen — nötigenfalls mit Hilfe eines richterlichen Befehls — durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Einsichtnahme³⁰. Die Verwaltung hat jedenfalls dem Beschluß der GV zu entsprechen, wie sie auch einem solchen auf Bestellung besonderer Kommissäre oder Sachverständiger gemäß Art. 731 II nachzukommen hat — es sei denn, sie wolle ihn auf Grund der ihr obliegenden Sorgfaltspflicht wegen Rechtsmißbrauchs anfechten. Im übrigen muß die Ermächtigung der GV auf Einsichtnahme nach dem Gesetz eine *ausdrückliche* sein. Die GV hat deshalb zu jedem Einsichtsbegehren, das an sie gerichtet wird, ausdrücklich, nicht nur indirekt, Stellung zu nehmen. Ein solcher GV-Beschluß untersteht natürlich nicht dem Erfordernis der vorgängigen Ankündigung in der Traktandenliste gemäß

²⁶ Vgl. vorne 164 ff.

²⁷ Unter dem alten Recht war diese Auffassung bezüglich der damals in Frage stehenden richterlichen Einsichtsverschaffung nicht unbestritten; wie hier ZR 26, 106 (Kassationsgericht Zürich) und Janggen/Becker, N 10 zu Art. 819 II; ebenso dem Sinne nach BGE 54 II 25. Abweichend ZR 26, 104 (Obergericht Zürich) und Neidhardt 141 ff.

²⁸ Ebenso Lehner 121 und Lasserre 77.

²⁹ 49.

³⁰ Dieser Anspruch ist aber materiell durch die Interessen der Gesellschaft begrenzt und diese Grenzen hat wiederum die Verwaltung zu bestimmen.

Art. 700, weil die Möglichkeit eines solchen Ermächtigungsbeschlusses über die Einsichtnahme durch einen Aktionär im Gesetz selbst, das damit gewissermaßen die Rolle der Traktandenliste übernimmt, ausdrücklich vorgesehen ist³¹.

In einer Ermächtigung der GV oder der Verwaltung erschöpfen sich aber die formellen Voraussetzungen zur Ausübung des Einsichtsrechts; ein mehreres ist nicht verlangt. Insbesondere muß vor einem Begehren auf Einsichtnahme nicht etwa schon ein Begehren auf Auskunft gestellt worden sein, weil jedes dieser beiden Rechte dem Aktionär als durchaus selbständige Befugnis zusteht und daher auch unabhängig vom anderen ausgeübt werden kann.

3. Zeitpunkt und Art der Ausübung

Das Einsichtsrecht kann als Bestandteil des Rechts auf Auskunftserteilung wie das Auskunftsrecht grundsätzlich nur *in der GV* geltend gemacht werden. Auch hier rechtfertigt sich jedoch die Zulassung der Ausübung schon *während der zehntägigen Auflagefrist von Art. 696 I*³², damit der Aktionär gegebenenfalls bereits orientiert an der GV teilnehmen kann. Zu einem solchen schriftlich einzureichenden Einsichtsbegehren kann nur die Verwaltung Stellung nehmen. Lehnt sie es ab, so kann der Aktionär sein Begehren an der GV und gegenüber dieser wiederholen. Diese mündliche Geltendmachung wird übrigens in der Praxis auch die Regel sein. Nach Abhaltung der GV kann auch das Einsichtsrecht nicht mehr ausgeübt werden, wohl aber natürlich die auf Grund eines rechtzeitigen Einsichtsbegehrens gewährte Einsichtnahme³³.

Wird die Einsichtnahme durch GV oder Verwaltung zugestanden, so hat der Aktionär nach dem Gesetz nur einen Einsichtsanspruch «unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses» (Art. 697 II). Die materielle Schranke der schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft steht also auch dem Einsichtsrecht entgegen. Damit stellt sich die Frage nach der bestmöglichen *Wahrung der Geheimsphäre der*

³¹ So ausdrücklich § 81 III des alten schwedischen Aktiengesetzes, ZHK 72 (1912) 191.

³² Ebenso Lehner 83 und ZR 17, 144 für das alte Recht.

³³ Grünpeter, 53, spricht sich für die Zulässigkeit der Ausübung des Einsichtsrechts auch nach der GV aus. Er meint damit aber offenbar die durch den Richter (unter dem alten Recht) verfügte Einsichtnahme, wie die Bezugnahme auf den Entscheid in ZR 17, 144 erkennen läßt. Unzutreffend auch Neidhardt 130 ff., insbes. 134; vgl. dazu auch hinten 221/22.

Gesellschaft. Die zweckmäßigste Maßnahme wird dabei die Einsicht durch einen neutralen, wenn möglich sachverständigen Dritten sein³⁴. Nun ist das Einsichtsrecht, wie das Recht auf Auskunftserteilung überhaupt, allerdings ein höchstpersönliches Einzelrecht des Aktionärs und dieser daher grundsätzlich zur persönlichen Einsichtnahme befugt. Das die Einsichtnahme gewährende Gesellschaftsorgan kann aber an die Gutheißung des Begehrens ohne weiteres die Bedingung der Ausübung durch einen Dritten knüpfen und diesen Dritten auch bezeichnen, da ja Gutheißung oder Verweigerung des Einsichtsbegehrens völlig in seinem Belieben stehen. Genießt dieser Dritte nicht auch das Vertrauen des Aktionärs, so kommt diese bedingte Ermächtigung einer Verweigerung gleich. Andererseits muß natürlich auch dem Aktionär das Recht zugebilligt werden, sein Einsichtsrecht durch einen Dritten ausüben zu lassen, welcher selbstverständlich wieder der Gesellschaft genehm sein muß. Die Grundsätze für eine solche *Einsicht durch einen Dritten* stimmen weitgehend mit den von Literatur und Rechtsprechung zu Art. 330 II, 541, 600 III und 963 aufgestellten Regeln überein³⁵, allerdings mit der Einschränkung, daß es eben letzten Endes immer auf das Einverständnis der zuständigen Gesellschaftsorgane ankommt, da diese zu einer Ermächtigung nicht gezwungen werden können.

Eine weitere zweckmäßige Maßnahme zur Wahrung des Gesellschaftsgeheimnisses wäre ferner noch die *Verabfolgung von beglaubigten Abschriften* anstatt der Ermächtigung zur Einsichtnahme³⁶. Diese Möglichkeit ist in maiore minus jedenfalls im Recht auf Einsicht enthalten und ohne weiteres zulässig, weil die zur Einsichtgewährung zuständigen Gesellschaftsorgane in der Stellung von Bedingungen frei sind.

Bleibt die Frage, was *Gegenstand der Einsicht* sein kann. Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll sich das Einsichtsrecht auf «Geschäftsbücher und Korrespondenzen» erstrecken. Darunter sind aber nicht nur solche Bücher und Belege zu verstehen, die sich auf zweifelhafte Ansätze der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung beziehen³⁷, sondern entsprechend dem materiellen Inhalt des Rechts auf Auskunftserteilung alle Bücher und Korrespondenzen der

³⁴ Vgl. auch den Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn, Rechnungsbericht 1925 (Olten 1926), 86. Ebenso ZR 42, 295/96 für die GmbH und Ronner 50.

³⁵ Vgl. etwa ZR 11, 99; 22, 41 ff.; 24, 327 ff.; 38, 197 ff.

³⁶ Ebenso Janggen/Becker, N 10 zu Art. 819 II.

³⁷ In diesem Sinne Schucany, N 4 zu Art. 697.

Gesellschaft, die eine Beurteilung der gesamten Lage der Gesellschaft ermöglichen, m.a.W. *alle die Gesellschaft betreffenden schriftlichen Unterlagen*³⁸. Zu den *Geschäftsbüchern* sind daher nicht nur diejenigen Bücher zu zählen, zu deren Führung die AG gemäß Art. 722 III in Verbindung mit Art. 957 verpflichtet ist, sondern auch fakultative Hilfsbücher, Notizbücher, Kundenlisten, Bestellbücher, Lohnlisten, Quittungsbücher usw.³⁹. Nicht zu den Geschäftsbüchern in diesem Sinne gehört das *Aktienbuch* (Art. 685), weil es nicht der rechnerischen Erfolgsermittlung dient⁴⁰. Es steht den Aktionären nicht ohne weiteres zur Einsicht offen, dagegen selbstverständlich unter den Voraussetzungen von Art. 697 II⁴¹. Die Einsicht in dieses interne Gesellschaftsregister kann nur in Ausübung des Kontrollrechts des Aktionärs erfolgen, nicht aber zu anderen Zwecken oder außerhalb der GV⁴². Unter den «*Korrespondenzen*» sind die eingegangenen Briefe, Karten, Telegramme usw. und die Kopien der ausgegangenen Dokumente zu verstehen, die zum Geschäftsbetrieb gehören; also nur die Geschäftskorrespondenz im Gegensatz zur Privatkorrespondenz der Geschäftsleitung oder dritter Teilnehmer⁴³.

Für die mündliche Geltendmachung des Einsichtsrechts muß schließlich aus den gleichen Gründen wie für das Auskunftsrecht die *Protokollierung* des Begehrens und des verweigernden oder ermächtigenden Beschlusses der GV oder der Verwaltung verlangt werden.

Das Einsichtsrecht des Aktionärs ist nach dem Gesagten so weitgehenden formellen Beschränkungen unterworfen, daß es völlig illusorisch und praktisch nutzlos werden kann⁴⁴. Diese weitgehende Beschränkung hat aber der Gesetzgeber offenbar gewollt, denn ein Einsichtsrecht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen geht für die aktiengesellschaftliche Organisation ausgesprochen weit⁴⁵ und führt in die Nähe der Regelung bei den Personengesellschaften. Im Gegensatz zu diesen letzteren ist es aber im Aktienrecht — nur schon wegen

³⁸ Ebenso Lasserre 76/7 und 31/7.

³⁹ Vgl. His, N 26 zu Art. 963.

⁴⁰ Vgl. His, N 33 zu Art. 957; Schucany, N 1 zu Art. 685; Moser 83. Ausführlich Winkler, Max Bernhard: Das Aktienbuch, Diss. Bern 1940, insbes. 16.

⁴¹ Ebenso Winkler a.a.O. 15 und F. v. Steiger 26; abweichend Schucany, N 1 zu Art. 685.

⁴² So ein Entscheid betr. Einsicht in das Genossenschaftsverzeichnis, ZR 32. 262/63.

⁴³ Vgl. His, N 27 zu Art. 963. Es steht natürlich auch im freien Ermessen des ermächtigenden Gesellschaftsorgans, die Einsicht auf bestimmte einzelne Unterlagen, z.B. nur auf ein bestimmtes Konto oder nur auf die Korrespondenz mit einem bestimmten Kunden, zu beschränken.

⁴⁴ Vgl. auch Ronner 49/50 und Lasserre 77.

⁴⁵ Dazu rechtsvergleichend Hallstein 241.

der vom Gesetz vorgesehenen Kontrollstelle — nicht unbedingt notwendig⁴⁶. So wie das Einsichtsrecht vom Gesetz ausgestaltet ist — und eine weitergehendere Ausgestaltung verträge sich mit den Grundsätzen des Aktienrechts nicht —, könnte es im übrigen auch ohne besondere gesetzliche Grundlage ausgeübt werden. Als Rechtsnorm wird seine Bedeutung in der Praxis somit eine sehr geringe sein; dagegen mag es «einen moralischen Druck auf die Verwaltungs- und Kontrollorgane unter dem Gesichtspunkt eines *nobile officium* ausüben»⁴⁷.

Wird die Einsichtnahme durch die GV oder die Verwaltung verweigert⁴⁸, so ist das Einsichtsrecht definitiv abgelehnt. Der Aktionär kann insbesondere weder den verweigernden Verwaltungsratsbeschluß⁴⁹ noch einen entsprechenden GV-Beschluß⁵⁰ anfechten, letzteren nicht, weil es ja völlig im Belieben des angerufenen Organs steht, ob es das Einsichtsbegehren zulassen oder ablehnen will. Dagegen kann der Aktionär zur Durchsetzung seines Rechts auf Auskunftserteilung den Richter anrufen (Art. 697 III)⁵¹, welcher aber im Gegensatz zum alten Recht nicht mehr eine «Einsicht in die Bücher und Korrespondenzen» (Art. 641 IV aOR) anordnen, sondern die Gesellschaft lediglich noch verpflichten kann, dem Aktionär «durch beglaubigte Abschrift aus Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen Auskunft zu erteilen».

III. DAS KLAGERECHT AUF AUSKUNFTSERTEILUNG

(Art. 697 III)

1. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Aufschlußpflicht

Ueber die möglichen Rechtsbehelfe gegen eine unberechtigte Aufschlußverweigerung bestehen in der bisherigen Literatur außerordentlich divergierende Ansichten, sodaß es sich empfiehlt, die Konse-

⁴⁶ Ebenso Wieland II 197.

⁴⁷ Zimmermann, Buchführung, 176 a. Ob das seine Beibehaltung de lege ferenda zu rechtfertigen vermag, erscheint fraglich; vgl. hinten 295/97.

⁴⁸ Einer Verweigerung gleichzusetzen ist auch eine zu weitgehende materielle Beschränkung einer einmal gewährten Einsicht unter ungerechtfertigter Berufung auf die Interessen der Gesellschaft, vgl. vorne 215, Anm. 43.

⁴⁹ Vgl. vorne 210.

⁵⁰ Ebenso Senarclens 300; unzutreffend Peyer 60.

⁵¹ Wiederum neben der praktisch kaum bedeutenden Möglichkeit eines Antrages gemäß Art. 731 II.

quenzen einer Verletzung der Aufschlußpflicht hier vorerst kurz zusammenzufassen. Dabei ist zwischen unmittelbarer und mittelbarer Sanktion zu unterscheiden. Was die *unmittelbare Sanktion einer Verletzung der Aufschlußpflicht* anbelangt, so ist schon jeweils am Schluß der vorhergehenden Untersuchung über die beiden Ausübungsformen des Rechts auf Auskunftserteilung dargelegt worden, daß und warum eine solche auf dem Wege der Anfechtungsklage nicht möglich ist⁵². Es muß deshalb an dieser Stelle genügen, wenn noch einmal kurz darauf hingewiesen wird, daß weder der eine verlangte Auskunft ablehnende noch der eine anbegehrte Einsicht verweigernde Verwaltungsratsbeschluß vom Aktionär angefochten werden kann. Auch ein die Einsicht nicht zulassender GV-Beschluß kann aus den früher erwähnten Gründen nicht angefochten werden — weil keine Gesetzesverletzung vorliegt —, während die GV zum Auskunftsrecht des Aktionärs gar nichts zu sagen hat, also darüber auch keine Beschlüsse fassen kann. Die einzige unmittelbare Sanktionsmöglichkeit gegen eine Verletzung der Aufschlußpflicht ist somit die *Ausübung des Klagerechts auf Auskunftserteilung gemäß Art. 697 III*. Diese Anrufung des Richters vermag allerdings nur noch einen Teil des dem Aktionär an sich zustehenden Rechts auf Auskunftserteilung durchzusetzen, indem der Richter lediglich eine Aufschlußerteilung in der Form der Verabfolgung beglaubigter Abschriften aus den Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen der Gesellschaft verfügen kann. Das ist mehr als die mündliche oder schriftliche Auskunft nach Art. 697 I, aber weniger als die direkte Einsicht nach Art. 697 II, die somit nach einer Verweigerung durch die zuständigen Gesellschaftsorgane als definitiv abgelehnt zu betrachten ist. Von dieser richterlichen Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung wird im folgenden nun noch des näheren zu sprechen sein.

Auf einer anderen Ebene liegt dagegen die Frage nach der *mittelbaren Sanktion einer Verletzung der Aufschlußpflicht*, welche vom größten Teil der bisherigen Literatur allein dargestellt oder dann mit der unmittelbaren Sanktion verwechselt wurde⁵³. Bei der Abklärung dieser Frage ist zu beachten, daß die aktienrechtliche Auskunftserteilung ihren praktischen Ziele nach meistens zur sachlichen Vorbereitung der Beschlußfassung in der GV dient. Wird nun

⁵² Vgl. vorne 210 und 216.

⁵³ Unzutreffend z.B. Lehner 127. Diese falsche Auffassung ging meistens einher mit einer unrichtigen Charakterisierung des Klagerechts auf Auskunftserteilung als Einsichtsrecht außerhalb der GV oder ähnlichen Auffassungen, vgl. Zimmermann, Buchführung, 175 a ff.; Neidhardt 146 ff. u. 130 ff.; ferner hinten 221/22.

aber ein GV-Beschluß über irgendeine Materie nach eindeutiger Verletzung des Aufschlußrechts des Aktionärs gefaßt, also m.a.W. auf Grund unvollständiger und damit vielleicht sogar irreführender Aufklärung, so muß dieser Beschluß *anfechtbar* gemäß Art. 706⁵⁴ — nicht aber nichtig⁵⁵ — sein. Der Rechtsgrund der Anfechtung würde in diesem Falle in einer Gesetzesverletzung, nämlich der Verletzung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht bzw. des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung liegen, denn zu den Gesetzesbestimmungen, deren Verletzung Art. 706 I als anfechtbar bezeichnet, gehört zweifellos auch Art. 697, der jedem Aktionär ein Recht auf Auskunftserteilung über alle für die Ausübung seines Kontrollrechts bzw. für die Beurteilung der gesamten Lage der Gesellschaft erheblichen Tatsachen unter Vorbehalt der Schranke der Gesellschaftsinteressen gewährleistet. Voraussetzung der Anhebung dieses Anfechtungsprozesses wird in der Regel allerdings die erfolgreiche Durchsetzung des Aufschlußanspruches sein, weil meist erst nach Durchführung des Verfahrens nach Art. 697 III beurteilt werden kann, ob der anzufechtende oder angefochtene GV-Beschluß auf falschen Grundlagen beruhte⁵⁶. Der Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen ungenügender Aufschlußerteilung und Beschlußfassung kann dabei nicht vom Aktionär verlangt werden; es muß vielmehr Aufgabe der Gesellschaft bzw. der Verwaltung sein, zu beweisen, daß die Verletzung der Aufschlußpflicht keinen Einfluß auf den Entscheid der GV ausgeübt hat⁵⁷. Eine solche subsidiäre Anfechtungsklage wird aber allerdings nur in besonderen Fällen am Platze und notwendig sein, insbesondere dann, wenn erheb-

⁵⁴ Vgl. BGE 53 II 228 ff. und 54 II 25/6. Ebenso Neidhardt 146/47 und 152/53; Lehner 128; Goldschmidt 102; Janggen 211; Peyer 62; Grünpeter 125/27; Hug, Revision, 98; allgemein auch Weiß 537. Ferner Netter, Auskunftspflicht, 52/3; Marcuse 607/8; Fillié 67/70. Für das neue deutsche Recht: Schlegelberger/Quasowski, Anm. 10 zu § 112 DAG; v. Godin/Wilhelmi, Anm. 7 zu § 112 DAG; Trumpler 295; Dech 62/3; RGZ 167, 151 ff.

⁵⁵ Vgl. zur Abgrenzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit allgemein Weiß 515 ff. und 536/37, BGE 71 I 387/89 und die dort zit. Entscheide und Literatur; ferner Horowitz, ZBH 1 (1926) 185 und Fillié 67.

⁵⁶ Das wird wegen der in Art. 706 IV vorgesehenen zweimonatigen Klagefrist durchwegs eine vorsorgliche Anhebung der Anfechtungsklage bedingen. Es steht aber natürlich grundsätzlich (unter Vorbehalt zwingender prozessualer Zuständigkeitsvorschriften) nichts entgegen, daß die Frage der Verletzung der Aufschlußpflicht vorfrageweise auch durch den Anfechtungsrichter geprüft wird.

⁵⁷ So auch Peyer 62; Grünpeter 117; allgemein auch Weiß 537; abweichend (mit Vorbehalten) Neidhardt 152/53. Ebenso ausdrücklicher RGZ 115, 350 für das alte und gleichlautend RGZ 167, 165 für das neue deutsche Recht; Dech 63. Der Aktionär hat im Falle einer vorgängigen Durchführung des Verfahrens nach Art. 697 III mit einem Hinweis auf den richterlichen Entscheid seiner Beweispflicht Genüge getan. Zu den Schwierigkeiten der Beweisführung Netter, Auskunftspflicht, 53.

liche Interessen der Aktionäre auf dem Spiele stehen oder die Gesellschaft durch den infolge der ungenügenden oder irreführenden Auskunftserteilung gefaßten GV-Beschluß geschädigt würde⁵⁸.

Für ganz besonders gelagerte Fälle — um auch in dieser Hinsicht vollständig zu sein — stünde dem Aktionär unter den Voraussetzungen von Art. 736 Ziff. 4 schließlich als ultima ratio, wenn alle übrigen Rechtsbehelfe versagen, noch die *Klage auf Auflösung der AG aus wichtigen Gründen* zur Verfügung⁵⁹. Diese letzte Möglichkeit wäre aber wirklich nur für Ausnahmefälle gegeben, so wenn infolge der ständigen Verletzung der Aufschlußpflicht durch die Verwaltung eine sachlich fundierte und durch die Interessen der Gesellschaft bestimmte Willensbildung in der GV gar nicht mehr möglich und die AG demzufolge nicht mehr lebensfähig wäre. In einem solchen Fall würde der wichtige Grund zur Auflösung jedoch kaum allein in der andauernden schweren Verletzung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung liegen; diese wäre vielmehr meistens nur ein Indiz mehr für unüberwindbare Spannungen in der Aktionärschaft bzw. den Gesellschaftsorganen und damit für die Auflösungsnotwendigkeit⁶⁰.

Die übliche und naheliegendste Sanktion einer Verletzung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung, d.h. einer ungerechtfertigten Verweigerung eines Aufschlußbegehrens, ist jedoch das den »Schwerpunkt der ganzen Ordnung«⁶¹ der aktienrechtlichen Auskunftserteilung bildende und vom Gesetzgeber in Art. 697 III besonders ausgestaltete *Klagerecht auf Auskunftserteilung*. Angesichts dieser ausdrücklichen Regelung im schweizerischen Aktienrecht bedarf seine Notwendigkeit keiner näheren Begründung mehr⁶². Seine Berechtigung geht nur schon daraus hervor, daß ohne seine

⁵⁸ Abgesehen von der Möglichkeit der Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage. Man mag dabei an GV-Beschlüsse über die Abnahme der Bilanz, insbes. Beschlüsse über die Dotierung von Reserven oder Spezialfonds und über die Festsetzung der Dividende (vgl. z.B. BGE 53 II 228 ff. und 54 II 19 ff.) oder von Tantiemen, an Entlastungsbeschlüsse usw. denken.

⁵⁹ Vgl. BGE 67 II 162 ff. und Bertsch.

⁶⁰ Es wäre dabei vor allem an einen fortgesetzten Machtmißbrauch seitens der Verwaltung und der Mehrheit unter entsprechender andauernder Verletzung der Aufschlußpflicht zu denken, was zu ausgesprochener Mißwirtschaft in der Geschäftsführung oder zu unüberbrückbaren Differenzen und damit — insbes. in kleineren Aktiengesellschaften — auch zur Funktionsunfähigkeit der Gesellschaftsorgane führen kann; vgl. die praktischen Beispiele für wichtige Gründe bei Bertsch 116 ff.

⁶¹ Siegwart, ZSR 45 NF (1926) 268 a; ähnlich Ronner 46.

⁶² Sie wurde lediglich von Zimmermann, Buchführung, 178 a/79 a, 192 a und Neidhardt 136 in Zweifel gezogen. Dagegen schon Haab, ZSR 45 NF (1926) 429 a.

Statuierung die ganze Ausgestaltung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung illusorisch wäre und jede praktische Bedeutung verlieren würde, weil der Aktionär ohne diese richterliche Durchsetzungsmöglichkeit der Willkür der Gesellschaftsorgane in der Erteilung von Aufschlüssen zumeist völlig preisgegeben wäre. Aber auch die übrigen aktienrechtlichen Klagen vermöchten das besondere Klagerecht auf Auskunftserteilung nicht zu ersetzen, weil sie andere Ziele verfolgen⁶³ und lediglich mittelbar von Bedeutung werden können. Schließlich kann auch das Editionsrecht von Art. 963 ein besonderes Klagerecht auf Auskunftserteilung schon gar nicht entbehrlich machen, weil es nur in einem schwebenden Prozeßverfahren angerufen werden kann, also keinen privatrechtlichen Exhibitionsanspruch schafft⁶⁴.

2. Juristische Natur und Zweck des Klagerechts

Das Klagerecht auf Auskunftserteilung stellt sich in einem weiteren Sinne ebenfalls als ein *Mitverwaltungsrecht* dar⁶⁵; es ist im übrigen ein *echtes aktienrechtliches Klagerecht* wie etwa das Anfechtungsrecht⁶⁶. Der Art seiner Ausübung nach ist es unzweifelhaft ein *Einzelrecht* und kann daher von jedem einzelnen Aktionär geltend gemacht werden. Auch das Klagerecht des Aktionärs zur Durchsetzung seiner

Vgl. auch die einläßliche Begründung bei Grünpeter 121 und 131/32; ferner Nord, ZBH 8 (1933) 162 ff. und Dech 71.

⁶³ Abgesehen von den mit ihnen verbundenen weiterreichenden Risiken und höheren Kosten, vgl. Zimmermann, NZZ, Nr. 642 vom 15. April 1944. Zum Verhältnis des Klagerechts auf Auskunftserteilung zur Anfechtungsklage vgl. insbes. Grünpeter 131/32; ZR 27, 75 und 77; BGE 54 II 26 (die Auffassung des Bundesgerichts von der Subsidiarität der Anfechtungsklage im Verhältnis zur Aufschlußklage bzw. der Abhängigkeit der ersteren von der letzteren, der auch die Literatur folgte, kann unter dem rev. OR allerdings nicht mehr aufrechterhalten werden, vgl. Handelsgericht Zürich, SJZ 37 (1940/41) 297/98 und ausdrücklich BGE 74 II 41/3; ferner Peyer 56 und A. Wieland 377/78). Zum Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage ZR 27, 78.

⁶⁴ Vgl. BGE 55 II 203 ff., 71 II 244/45, 73 I 358/60. Auch die kantonalen Vorschriften über die privatrechtliche Exhibitionspflicht vermögen den besonderen Bedürfnissen der aktienrechtlichen Auskunftserteilung regelmäßig nicht gerecht zu werden. Sofern Beweise vorliegen, die zu einer Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage Anlaß geben, oder Beweismittel in einem schon eingeleiteten Prozeß beschafft werden sollen (das traf in dem in ZR 17, 143 ff. auf Grund von Art. 641 IV aOR entschiedenen Fall zu), bedarf es des Rechtsbehelfes von Art. 697 III natürlich nicht mehr; ebenso Hagmann 49.

⁶⁵ Es könnte als ein negatives Mitverwaltungsrecht bezeichnet werden.

⁶⁶ Goldschmidt, SJZ 37 (1940/41) 279, zählt es zu Unrecht — im Gegensatz zu den übrigen von ihm angeführten Beispielen — zu den Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. für die hier vertretene Auffassung auch die Abgrenzung der

berechtigten Aufschlußansprüche ist im übrigen ein *wohlerworbenes Recht* und kann deshalb weder durch Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans noch durch die Statuten beschränkt oder aufgehoben werden (Art. 697 IV). Eine das Recht zur Anrufung des Richters gemäß Art. 697 III ausschließende Statutenbestimmung wäre somit ohne weiteres nichtig.

Es ist schon aus den einleitenden Ausführungen hervorgegangen, daß dieses Klagerecht des Aktionärs auf Auskunftserteilung auf keinen Fall ein selbständiges außerordentliches Recht auf Auskunftserteilung außerhalb der GV darstellen kann, weil es eine aktienrechtliche Auskunftserteilung außerhalb und insbesondere nach der GV grundsätzlich nicht gibt. Das in Art. 697 III statuierte Aktionärrecht ist daher lediglich Sanktion für das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung für den Fall der Verletzung dieses Rechts durch eine ungerechtfertigte Verweigerung der Auskunftserteilung. Das alte OR (Art. 641 IV aOR) hatte diesen *Zweck der richterlichen Durchsetzung* nicht ohne weiteres erkennen lassen, sodaß damals in guten Treuen beide Auffassungen vertreten werden konnten. Trotzdem fand die Rechtsprechung ausnahmslos den richtigen Weg und behandelte das damalige Recht auf richterliche Verschaffung von Einsicht zutreffend als bloßen Sanktionscharakter tragende Bestimmung⁶⁷.

Das revidierte OR hat nun eine klarere Regelung gebracht, ohne jedoch diesen Zweck der richterlichen Durchsetzung der Auskunftserteilung eindeutig hervortreten zu lassen. Trotz der durch die Revision herbeigeführten selbständigen Stellung des Klagerechts innerhalb von Art. 697 ändert sich an seinem bloßen Sanktionscharakter nicht das geringste⁶⁸. Erst durch diese Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung wird das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung überhaupt ein der Willkür der Gesellschaftsorgane entzogenes unabhängiges Mitverwaltungsrecht. Der Richter kann denn auch den Rahmen des ordentlichen Rechts auf Auskunftserteilung nicht erweitern und keinesfalls über die in Art 697 I und II vorgesehenen Ausübungsformen hinausgehen; er kann dem Aktionär lediglich die für die Ausübung des ordentlichen Aufschlußrechts notwendigen Unterlagen verschaffen, wenn diese dem Aktionär von der Gesellschaft ungerechtfertigter-

freiwilligen von der streitigen Gerichtsbarkeit bei Guldener, Max: Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Zürich 1947, II 33 ff.

⁶⁷ Vgl. ZR 26, 101 ff. und 27, 75; abweichend für ein ohne jede Voraussetzung allein durchsetzbares Spezialrecht auf Auskunftserteilung bzw. Einsicht: Zimmermann, Buchführung, 175 a ff. und insbes. Neidhardt 140.

⁶⁸ Ebenso Hagmann 48.

weise vorenthalten werden. Das Klagerecht auf Auskunftserteilung ist somit nach wie vor nur *Vollstreckungsmittel gegenüber mangelhaftem oder verweigertem Aufschluß* und stellt keine besondere Art von mitgliedschaftlicher Aufschlußberechtigung des Aktionärs dar. Seine Geltendmachung ist deshalb auch an bestimmte, aus seinem Zweck sich ergebende Voraussetzungen gebunden.

3. Die Klagevoraussetzungen

a) Die Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung in der GV

Da das Klagerecht auf Auskunftserteilung lediglich Sanktion der dem Aktionär ordentlicherweise zur Verfügung stehenden Aufschlußrechte ist, muß der Aktionär vor der Anrufung des Richters selbstverständlich versucht haben, seinen Offenlegungsanspruch gegenüber den zur Auskunftserteilung verpflichteten Gesellschaftsorganen in der GV durchzusetzen⁶⁹. Diese *positive Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung in der GV* ergibt sich einerseits aus einer allgemeinen Pflicht des Aktionärs, behauptete Mißstände vor der Klageanhebung im Schoße der Gesellschaft zur Sprache zu bringen⁷⁰, anderseits aber im speziellen aus der juristischen Natur und dem Zweck des in Art. 697 III statuierten Rechts. Aus dem Gesetz ergibt sich ohne weiteres, «daß der Aktionär gehalten ist, seine Begehren um Auskunftserteilung und um Einsichtnahme in Bücher und Korrespondenzen in erster Linie bei den Organen der AG anzubringen. Soweit ein Begehren bei der GV oder dem Verwaltungsrate überhaupt nicht gestellt war, ist für einen richterlichen Befehl kein Raum»⁷¹.

Der Aktionär hat somit unbestrittenermaßen erst dann einen Anspruch auf richterliche Durchsetzung der Auskunftserteilung, wenn er vorher versucht hatte, auf dem «normalen Wege»⁷² zu den verlangten Aufschlüssen zu gelangen. Welches ist nun aber dieser normale Weg? Dem Aktionär stehen vor der Anrufung des Richters zwei selbständige, ihrem Inhalt und der Art ihrer Ausübung nach verschie-

⁶⁹ So schon für das alte OR: ZR 26, 101 ff. und 27, 71 ff.; BGE 54 II 25; Janggen 210; Lehner 123; abweichend Neidhardt 140. Vgl. auch A. Wieland 375 und 377, Anm. 6. Für das deutsche Recht Dech 129.

⁷⁰ So auch Bertsch 72 ff. für die Auflösungsklage.

⁷¹ ZR 26, 104; ähnlich ZR 47, 204.

⁷² Hagmann 48/9.

dene Rechte zur Verfügung: das Auskunfts- (Art. 697 I) und das Einsichtsrecht (Art. 697 II). Müssen sie beide vom Aktionär vorerst erfolglos in der GV geltend gemacht worden sein, oder genügt es, wenn nur eines von ihnen ausgeübt wurde, bevor der Aktionär auf Auskunftserteilung klagt? Die erste Auffassung haben zwei Zürcher Gerichte vertreten, und dementsprechend unter Hinweis auf die Gesetzssystematik, aus welcher ein «stufenweiser, nach dem Prinzip der Subsidiarität geordneter Aufbau der Kompetenzen» hervorgehe, verlangt, daß der Aktionär vor der Anrufung des Richters alle ihm gegenüber der Verwaltung oder der GV zur Verfügung gestellten Mittel zur Geltendmachung seines Kontrollrechts ausschöpfen, also Auskunfts- und Einsichtsrecht ausüben müsse⁷³. Gegen diese Auffassung hat sich in einem Entscheid vom 25. September 1947 mit Recht das vom Aktionär angerufene Kassationsgericht des Kantons Zürich gewandt und entsprechend der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht erklärt, daß «weder der Wortlaut noch der Aufbau des Art. 697 das angebliche ‚Prinzip der Subsidiarität‘ erkennen» ließen, es vielmehr klar sei, «daß Art. 697 die richterliche Hilfe des Abs. III für den Aktionär nicht abhängig macht von einem vergeblichen Begehren nach der nach Abs. II zu erlangenden Büchereinsicht»⁷⁴. Dieser Schluß ergibt sich denn auch zwingend aus rechtlichen und praktischen Erwägungen, für welche auf den angeführten Entscheid verwiesen werden kann.

Zur Erfüllung der positiven Voraussetzung für die Geltendmachung des Klagerechts auf Auskunftserteilung bedarf es somit lediglich einer *alternativen Ausschöpfung* der dem Aktionär gegenüber den Gesellschaftsorganen zustehenden Ausübungsmöglichkeiten des Aufschlußrechts. Hat der Aktionär eines der ihm in Art. 697 I und II gewährten Rechte ausgeübt, so ist damit eine Voraussetzung für die Anrufung des Richters erfüllt.

b) Die Verweigerung der Auskunftserteilung in der GV

Der Aktionär muß aber eines dieser Aufschlußrechte oder beide auch erfolglos ausgeübt haben. «Die richterliche Hilfe zur Aus-

⁷³ Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 22. November 1946 und Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 18. April 1947 (letzterer in ZR 47, 202/3); ebenso Hagmann 48/9.

⁷⁴ ZR 47, 203/4. Der betr. Aktionär hatte in der GV nur Auskunft verlangt. Ebenso für das alte Recht Janggen 210.

kunftserteilung ist bestimmt, den Aktionär zu schützen, dessen rechtmäßiges Auskunftsbegehren von keinem der zuständigen Gesellschaftsorgane erfüllt worden ist»⁷⁵. Zur positiven tritt damit noch die *negative Klagevoraussetzung: die Verweigerung der in der GV nachgesuchten Auskunftserteilung*.

Es ist selbstverständlich, daß der Aktionär kein Klagerecht hat, wenn die Gesellschaftsorgane der Aufschlußpflicht in vollem Umfange nachgekommen sind⁷⁶, denn das Gesetz gewährt die richterliche Hilfe eben nur dann, wenn die aufschlußpflichtigen Organe den berechtigten Begehren der Aktionäre nicht entsprechen. Die Aufschlußpflicht ist aber jedenfalls nicht verletzt, wenn die Verwaltung auf den den Gegenstand des betreffenden Aufschlußbegehrens ausführlich und erschöpfend behandelnden Geschäftsbericht verweist⁷⁷. Der vollständigen Ablehnung eines Aufschlußbegehrens ist dagegen selbstverständlich auch eine ungenügende oder mangelhafte Auskunftserteilung gleichzusetzen; in solchen Fällen werden Protokolleintragungen von ganz besonderem Nutzen sein. Schließlich kann der Richter auch gegen die Verletzung einer durch die Statuten erweiterten Aufschlußbefugnis angerufen werden⁷⁸.

Kommen die Gesellschaftsorgane der Aufschlußpflicht erst während des Prozeßverfahrens nach, so fällt das rechtliche Interesse des Aktionärs an der richterlichen Durchsetzung ebenfalls dahin⁷⁹. Dieser Umstand ist aber auf jeden Fall bei der Frage der Auferlegung der Gerichtskosten und der Prozeßentschädigung zu berücksichtigen⁸⁰.

Sind die beiden Voraussetzungen — die positive wie die negative — erfüllt, so steht der Anrufung des Richters nichts mehr im Wege. Damit ist auch *das rechtliche Interesse des Aktionärs an der Ausübung des Klagerechts* gegeben⁸¹. Ein mehreres liegt dem Aktionär nicht ob, insbesondere hat er kein besonderes rechtliches Interesse — etwa bestimmte Tatsachen oder bestimmte rechtswidrige Handlungen, die eine richterliche Durchsetzung der Auskunftserteilung notwendig machen — glaubhaft zu machen oder nachzuweisen⁸². Ein anderer Stand-

⁷⁵ ZR 47, 205. Ebenso schon ZR 26, 101 und 104; ZR 27, 75; BGE 54 II 25; Muheim 36. Für das deutsche Recht Dech 129.

⁷⁶ Vgl. die Fälle in ZR 26, 103 Erw. 3 und 47, 205 Erw. 3.

⁷⁷ Vgl. ZR 26, 102/3 Erw. 2.

⁷⁸ Ebenso Hagmann 49.

⁷⁹ ZR 26, 103.

⁸⁰ ZR 26, 105.

⁸¹ Ebenso ZR 27, 75.

⁸² In diesem Sinne unzutreffend Obergericht Solothurn, Rechenschaftsbericht 1925, 85/6; Wulfsohn 165/66; Lasserre 78.

punkt würde das Recht auf Auskunftserteilung praktisch illusorisch machen, weil dem Aktionär der Nachweis eines begründeten Verdachtes in der Regel unmöglich sein dürfte, da nicht er, sondern die Gesellschaftsleitung über die genauen Verhältnisse orientiert ist⁸³. Stehen dem Aktionär aber einmal nachgewiesene Tatsachen zur Verfügung, dann braucht er sein Kontrollrecht und dessen klageweise Durchsetzung nicht mehr, weil er in einem solchen Falle direkt eine Anfechtungsklage oder insbesondere eine Verantwortlichkeitsklage anstrengen kann. Das rechtliche Interesse des Aktionärs an der Anrufung des Richters auf Grund von Art. 697 III ist vielmehr immer schon dann gegeben, wenn er sein Recht auf Auskunftserteilung in der GV erfolglos geltend gemacht hatte. Das Rechtsschutzinteresse des Aktionärs ist m.a.W. schon in der gesetzlichen Regelung selbst bzw. ihrem Zweck enthalten und gründet sich auf die Tatsache der Mitgliedschaft zur AG sowie des Anteilbesitzes am Aktienkapital, vermöge deren dem Aktionär die Befugnis eingeräumt worden ist, zur Wahrung seiner Interessen als Gesellschafter und Kapitalgeber Aufschluß über die Lage der Gesellschaft zu verlangen und diesen Aufschluß auch — sofern er berechtigt ist und ohne Schaden für die Gesellschaft gegeben werden kann — gerichtlich durchzusetzen. Der Anspruch des Aktionärs auf Geltendmachung seines Klagerechts auf Auskunftserteilung ist somit — abgesehen von der Erfüllung der positiven und der negativen Voraussetzungen — ein unbedingter und hängt nicht noch vom Vorliegen eines besonderen rechtlichen Interesses ab⁸⁴.

4. Zeitpunkt und Art der Ausübung

a) Die Klagefrist

Das Gesetz hat für die Anrufung des Richters auf Grund von Art. 697 III nach erfolgter Verweigerung der Auskunftserteilung seitens der Gesellschaft bzw. des dafür zuständigen Organs keine Klagefrist vorgesehen. Obwohl die zeitliche Begrenzung der Entwicklungstendenz des modernen Aktienrechts entspricht, ist der Richter an den klaren Wortlaut des Gesetzes gebunden und nicht befugt, den Aktionär in der Ausübung seines Rechtes zu beschränken⁸⁵. Der Zeit-

⁸³ Vgl. auch Ronner 46.

⁸⁴ Ebenso Hagmann 49 und allgemein A. Wieland 377/78. Für das deutsche Recht auch Schlegelberger/Quassowski, Anm. 4 zu § 112 DAG.

⁸⁵ So das Bundesgericht in einem altrechtlichen Entscheid zur Frage der Befristung der Anfechtungsklage, BGE 53 II 231.

ablauf könnte unter der heutigen Regelung nur dann berücksichtigt werden, wenn die Klage so sehr verspätet ist, daß anzunehmen wäre, sie entspringe offenbar rein schikanösen Gründen, womit der Tatbestand des Rechtsmißbrauchs erfüllt wäre.

De lege ferenda muß aber verlangt werden, daß das Klagerecht auf Auskunftserteilung nur innert angemessener Frist ausgeübt werden darf. Diese Forderung ergibt sich ohne weiteres aus dem Interesse der Gesellschaft an einer ungestörten Geschäftsführung. Sie kann aber auch keineswegs Belange des Aktionärs verletzen, denn dieser muß doch an einer schnellen richterlichen Durchsetzung seines Aufschlußanspruches ebenfalls alles Interesse haben. Sucht man dabei nach einer angemessenen Frist, so erscheint schon die analoge Anwendung der zweimonatigen Anfechtungsfrist von Art. 706 IV als zu weitgehend. Da der Aktionär für die Klage aus Art. 697 III weder Beweismittel zu sammeln braucht noch sonstige besondere Vorbereitungen zu treffen hat, muß ihm eine *Klagefrist von zehn Tagen*, von der Abhaltung der GV an gerechnet, genügen. Innerhalb dieser Frist darf man mit Fug erwarten, daß sich der Aktionär für oder gegen die Einleitung des in Art. 697 III vorgesehenen Verfahrens entscheide.

Vorläufig wird man sich aber noch mit der heutigen Regelung abzufinden haben. Sie bedarf insofern nicht unbedingt einer Korrektur im Sinne der vorhergehenden Ausführungen, als der Aktionär in der Regel selbst an einer baldigen Auskunftserteilung interessiert ist, und zwar insbesondere dann, wenn er mit der Durchsetzung seines Aufschlußanspruches die Frage der Einleitung einer Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage abklären will.

b) Der Inhalt des Klagebegehrens

Entsprechend den Voraussetzungen, an welche die Ausübung des Klagerechts auf Auskunftserteilung gebunden ist, wird der Inhalt des Klagebegehrens durch den Inhalt des gegenüber den Gesellschaftsorganen geltend gemachten Aufschlußbegehrens bestimmt. Der Kläger ist daher an das gebunden, was er als Aktionär in der GV verlangt hat, und er kann sein Begehren an den Richter nicht auf Punkte ausdehnen, die nicht Gegenstand eines Aufschlußbegehrens in der GV gewesen waren⁸⁶. Dabei kann aber natürlich nicht völlige inhaltliche Uebereinstimmung verlangt werden⁸⁷. Im Rahmen der schon in der GV begehrten Aufschlüsse ist der Aktionär selbstverständlich völlig

⁸⁶ ZR 26, 102 und 104/5; ebenso ZR 27, 75.

⁸⁷ Ebenso Lehner 123 (zu weitgehend jedoch 123/24) und Dech 129.

frei; er kann also vom Richter ohne weiteres weniger, nur nicht anderes oder mehreres, verlangen. Es genügt somit, wenn der Inhalt des Aufschlußbegehrens gegenüber der Gesellschaft und der Inhalt des Klagebegehrens dem Inhalt und Ziele nach *sinngemäß übereinstimmen*. Es bedarf im übrigen sicherlich keiner näheren Begründung, wie sehr hier die Protokollierung der Aufschlußbegehren in der GV dem Richter bei der Abgrenzung des zulässigen Umfanges des Klagebegehrens zustatten kommt.

Das Klagebegehren muß ferner so genau als möglich gefaßt sein. Der Richter kann dem Aktionär Aufschluß über «*bestimmte Tatsachen*» verschaffen, und der Aktionär ist daher verpflichtet, diese Tatsachen zu bezeichnen⁸⁸. Auf ein Klagebegehren, das ganz allgemein Aufschluß über die Lage der Gesellschaft oder andere allgemeine Tatsachenkomplexe verlangen würde, kann der Richter nicht eintreten. Die prozessualen Folgen dieser mangelnden Substantiierung zu bestimmen, liegt dem kantonalen Zivilprozeßrecht ob. Andererseits ist der Aktionär aber nicht verpflichtet, die Objekte der richterlichen Durchsetzung der Auskunftserteilung zu bezeichnen. Werden sie namhaft gemacht, so ist der Richter daran gebunden; andernfalls hat er nach seinem freien Ermessen die Beglaubigungsobjekte zu bestimmen.

c) Die Art der Ausübung

Es liegt im Wesen des Rechts auf Auskunftserteilung, daß dieses den Bedürfnissen der Praxis nur entspricht, wenn es in einem möglichst wenig zeitraubenden Verfahren geltend gemacht werden kann⁸⁹. Das Institut der aktienrechtlichen Auskunftserteilung erfüllt regelmäßig nur dann seinen Zweck, wenn die dem Aktionär notwendig erscheinende Aufklärung innert kürzester Zeit erhältlich ist und im Falle der Verweigerung seitens der Gesellschaft auch ungesäumt durchgesetzt werden kann. Wenn der früher einmal verlangte Aufschluß dem Aktionär erst dann zukommt, wenn sich die Verhältnisse inzwischen wesentlich verändert haben oder allfällige Klagefristen bereits abgelaufen sind, hat er für den Aktionär meist schon alles Interesse verloren. Das führt zur Erkenntnis, daß das ordentliche Prozeßverfahren für die Behandlung von Begehren nach Art. 697 III derartige Unzukömmlichkeiten in sich schließt, daß es dem Zweck des Klagerechts auf Auskunftserteilung nicht gerecht zu werden vermag.

⁸⁸ Im gleichen Sinne Siegwart, ZSR 45 NF (1926) 268 a und Schucany, N 5 zu Art. 697.

⁸⁹ Ebenso A. Wieland 378; vgl. auch Ronner 47.

Aus diesem Grunde sah der bundesrätliche Entwurf von 1928 «ein von den Kantonen zu ordnendes *summarisches Verfahren*» vor (Art. 695 III Entw. III). Der Ständerat ließ diesen Zusatz allerdings — wohl aus föderalistischen Erwägungen — wieder fallen. Trotzdem hat die Großzahl der Kantone die Absicht des Entwurfes von 1928 in richtiger Erkenntnis der Notwendigkeit einer raschen Durchsetzbarkeit der Auskunftserteilung verwirklicht und in ihren Einführungsgesetzen fast durchgehend eine Einzelbehörde erstinstanzlich im summarischen Verfahren und meistens mit Beschränkung der Rechtsmittel mit der Aufgabe von Art. 697 III betraut⁹⁰. Das summarische Verfahren ist denn auch offenbar prädestiniert für die richterliche Durchsetzung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung. Es hat ganz allgemein den Zweck, «gewisse Streitsachen, deren Tatbestand sich leicht feststellen läßt, in einfacher, formloser Weise zu rascher Erledigung zu bringen»⁹¹. So wie es in den meisten kantonalen Zivilprozeßordnungen geregelt ist, entspricht es ohne weiteres den Bedürfnissen der aktienrechtlichen Auskunftserteilung.

Noch größere Vorteile kann die *schiedsgerichtliche Durchsetzung der Auskunftserteilung* bieten. Die Statuten zahlreicher Gesellschaften sehen vor, daß alle Streitigkeit über Gesellschaftsangelegenheiten zwischen der Gesellschaft und den Aktionären unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte durch ein Schiedsgericht zu beurteilen seien⁹². Eine solche statutarische Schiedsklausel hat nun zweifellos — wie ein für den Einzelfall abgeschlossener Schiedsvertrag — auch Gültigkeit für das Klagerecht auf Auskunftserteilung, denn nur Streitfälle, in denen öffentliche Interessen tangiert werden, sind der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen⁹³. Die Zuweisung der Beurteilung von Klagebegehren auf Auskunftserteilung an ein Schiedsgericht — insbesondere an einen Einzelschiedsrichter — kann mannigfache Vorteile bieten. Das Verfahren kann außerordentlich abgekürzt und vereinfacht werden, wo-

⁹⁰ Vgl. z.B. Zürich § 287 Ziff. 18 ZPO. Für die übrigen Kantone vgl. Schönenberger, W.: Kommentar zum ZGB, VI. Bd., 1. — 3. Teil: Die kantonalen Erlasse zum ZGB und OR, 3 Bde., Zürich 1939/41.

⁹¹ Sträuli/Hauser: Kommentar zur zürcherischen ZPO, Bd. II, Zürich 1939, N 1 zu § 277 ZPO. Vgl. auch Guldener (zit. vorne 262, Anm. 66) II 427 ff. Irreführend — wenn nicht unzutreffend — deshalb das Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes an die Kantonsregierungen über die Einführung des rev. OR vom 31. März 1937 (Bundesblatt 89 [1937] I 690 ff.). Vgl. auch Steiner, SAG 10 (1937/38) 57/8 und vorne 220, Anm. 66.

⁹² Vgl. Stauffer, SJZ 43 (1947) 213 ff.; Siegwart, Einl. N 317 ff.; ferner Neidhardt 136; A. Wieland, SAG 15 (1942/43) 31 ff.; Steiner, SAG 16 (1943/44) 58 ff. ZR 27, 74 und 37, 162 ff.; SAG 16 (1943/44) 167 ff.

⁹³ Vgl. § 359 Zürcher ZPO.

mit gleichzeitig eine erhebliche Verbilligung erreicht wird. Vor allem aber kann ein Schiedsgericht bestellt werden, welches über besondere Sachkenntnisse gerade auf dem Gebiet verfügt, auf dem sich die betreffende Gesellschaft betätigt⁹⁴. Damit kann den Interessen beider Parteien in billiger und zweckmäßiger Weise besonders Rechnung getragen werden.

Auf Einzelheiten des Verfahrens gemäß Art. 697 III kann im übrigen nicht näher eingetreten werden; es richtet sich nach den kantonalen Zivilprozeßordnungen. *Aktivlegitimiert* zur Klage auf Auskunftserteilung ist natürlich jeder einzelne Aktionär; *passivlegitimiert* nicht etwa das den Aufschluß verweigernde Organ, sondern die AG selbst. Die Klage ist daher beim sachlich zuständigen Richter *am Sitz der Gesellschaft* einzureichen. Was schließlich noch den Instanzenzug anbetrifft, so ist nach der geltenden Praxis ein kantonaler Entscheid über das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung nicht an das Bundesgericht weiterziehbar⁹⁵. Aus den früheren Ausführungen über den rechtlichen Charakter des Rechts auf Auskunftserteilung⁹⁶ ergibt sich jedenfalls, daß die Auffassung des Bundesgerichts und damit die Begründung für die Unzulässigkeit der Berufung einer näheren Prüfung nicht standhält. Aus der allgemeinen rechtlichen Charakterisierung des Aufschlußanspruches des Aktionärs muß deshalb grundsätzlich die *bundesgerichtliche Berufungsfähigkeit des Klagerechts auf Auskunftserteilung* gefolgert werden⁹⁷.

5. Inhalt und Grenzen der richterlichen Auskunftserteilung

a) Die positive Grenze

Entgegen der Regelung des alten Rechts, unter welcher der Richter dem Aktionär eine direkte Einsicht in Bücher und Korrespondenzen verschaffen konnte (Art. 641 IV aOR), kann der Richter nach dem revidierten OR nur noch verfügen, «daß die Gesellschaft dem Aktio-

⁹⁴ Vgl. dazu auch hinten 234/35.

⁹⁵ BGE 53 II 74/6 und 77 II 281/82; ZR 47, 203. Vgl. auch Birchmeier, W.: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, N 1 zu Art. 48 OG, 166.

⁹⁶ Vgl. vorne 46 ff.

⁹⁷ Zur Frage der vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeit wäre analog BGE 66 II 43 ff. vorzugehen; vgl. auch Birchmeier, a.a.O., N 3 zu Art. 44 OG, 126/27. Mit der Bejahung der grundsätzlichen Berufungsfähigkeit ist im übrigen nicht auch die praktische Wünschbarkeit bejaht.

när über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen durch *beglaubigte Abschrift* aus ihren Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen Auskunft zu erteilen hat» (Art. 697 III). Wie aus den Vorarbeiten zur Revision des OR eindeutig hervorgeht, wollte man damit nicht das Verfügungsrecht des Richters einschränken, sondern suchte lediglich nach Mitteln, einen Mißbrauch der vom Richter zugestandenen Einsicht über den zulässigen Rahmen hinaus zu verhüten und die Geheimsphäre der Gesellschaft nach Möglichkeit zu wahren⁹⁸. Aus dieser Tendenz hat sich dann aber im Ergebnis doch eine Beschränkung der Kompetenzen des Richters, der richterlichen Auskunftserteilung, wenigstens der Form nach ergeben, denn eine Abschrift ist natürlich keine direkte Einsicht mehr. Die beglaubigte Abschrift steht dieser letzteren Ausübungsform des Rechts auf Auskunftserteilung aber doch sehr nahe; sie ist *Surrogat der Einsicht* und vermag dem Aktionär eine zweckentsprechende Ausübung seines Aufschlußrechtes doch wohl im gleichen Maße — jedoch eben mit weniger Mißbrauchsmöglichkeiten — zu gewährleisten wie die direkte Einsicht.

Die beglaubigten Abschriften sind von den Geschäftsbüchern und den Korrespondenzen der Gesellschaft zu nehmen. Die *Objekte der richterlichen Verschaffung der Auskunftserteilung* sind also gleich umschrieben wie diejenigen des Einsichtsrechts gemäß Art. 697 II. Der Richter muß sich somit in seiner Verfügung nicht auf beglaubigte Abschriften aus Geschäftsbüchern und Korrespondenzen im Sinne von Art. 957 ff. beschränken, sondern kann dem Aktionär beglaubigte Abschriften aus allen die Gesellschaft betreffenden schriftlichen Unterlagen schlechthin zusprechen⁹⁹. Die Formalitäten der Beglaubigung selbst richten sich nach kantonalen Vorschriften; die Beglaubigung erfolgt regelmäßig durch den Notar¹⁰⁰.

b) Die negative Grenze

Der Richter kann die Gesellschaft zur Auskunftserteilung durch beglaubigte Abschriften aus ihren Geschäftsbüchern und Korrespondenzen nur verurteilen, wenn dadurch ihre Interessen nicht gefährdet

⁹⁸ Vgl. Bericht II 67/8 und Protokoll 309, 313. Ebenso Lasserre 78.

⁹⁹ Ebenso Lasserre 79. Vgl. vorne 214/15.

¹⁰⁰ Vgl. für den Kanton Zürich § 441 ff. ZPO und die Geschäftsordnung für Notariate und Grundbuchämter, VO des Obergerichtes vom 26. Oktober 1932, insbes. § 112 ff. Schönenberger a.a.O. III 846 ff.). Für die übrigen Kantone vgl. ebenfalls Schönenberger a.a.O.

werden (Art. 697 III, zweiter Satz)¹⁰¹. Das Kriterium der «Rücksichtnahme auf das Geschäftsgeheimnis» des alten Rechts ist also durch die *Grenze der «Interessen der Gesellschaft»* ersetzt worden. Von verschiedenen Autoren wird — von einer allzu wörtlichen Interpretation ausgehend — dieser Begriff der «Interessen der Gesellschaft» als wesentlich weitergehend gegenüber der Fassung des alten Rechts oder der Formulierung von Art. 697 II («Wahrung des Geschäftsgeheimnisses») betrachtet¹⁰² und daraus gefolgert, daß der Richter dem Inhalte nach ein sehr viel beschränkteres Recht auf Verschaffung von Aufschlüssen an die Aktionäre besitze als die Gesellschaftsorgane. Der richterlichen Tätigkeit auf dem Gebiete der aktienrechtlichen Auskunftserteilung werde damit jede wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung genommen, da eine Gefährdung von Interessen der Gesellschaft auch in den entferntesten Fällen vorgeschützt werden könne.

Dieser das Klagerecht auf Auskunftserteilung materiell einschränkenden Ansicht kann nicht beigetreten werden. Vorerst ergibt sich aus den Materialien eindeutig, daß es sich bei der neuen Formulierung lediglich um eine rein redaktionelle Änderung handelte, welcher offensichtlich keine materielle Bedeutung beigemessen wurde¹⁰³. Es wäre aber auch im übrigen nicht einzusehen, weshalb das Verfügungsrecht des Richters dem Inhalte nach hätte eingeschränkt werden sollen, nachdem es praktisch doch schon formell beschnitten worden war. Es kann sich im Falle von Art. 697 II wie im Falle von Art. 697 III offenbar doch nur darum handeln, zu verhüten, daß den Aktionären oder einer weiteren Öffentlichkeit Tatsachen preisgegeben werden, deren Verwertung der Gesellschaft schaden könnte¹⁰⁴. Durch den Begriff des Geschäftsgeheimnisses im früher umschriebenen Sinne, ergänzt durch das allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauchs, werden aber alle Möglichkeiten einer Schädigung der Gesellschaft umfaßt und damit ausgeschaltet¹⁰⁵. Wollte man den Begriff der Interessen der Ge-

¹⁰¹ Zur Bedeutung des Begriffs der «Gefährdung» selbst, vgl. hinten 236 ff.

¹⁰² So Janggen 212; Zimmermann, Buchführung, 176 a/77 a; Neidhardt 135; Henggeler, Kontrollrecht, 159 (der von diesem Autor zur Begründung der behaupteten Einschränkung vertretene Analogieschluß aus Art. 713 kann nur schon darum kaum zutreffen, weil die beiden Institute in keinem direkten Zusammenhang stehen und es sich zudem in beiden Fällen um verschiedene Aufschlußberechtigte handelt); Muheim 37; Capitaine, ZSR 61 NF (1942) 80; Peyer 60; Hagmann 50/1.

¹⁰³ Vgl. Protokoll 309; Botschaft 45; Sten.Bull. St.R. 1931, 407; Sten.Bull. N.R. 1934, 321/22.

¹⁰⁴ Ebenso A. Wieland 378.

¹⁰⁵ Auch die von Henggeler (Kontrollrecht 159) angeführten Beispiele für die Notwendigkeit einer extensiven Auslegung des Begriffs der Gesellschaftsinteressen

sellschaft weiter fassen, so würde dem Mißbrauch Tür und Tor geöffnet, weil dann alle möglichen und unmöglichen, jedenfalls aber ungerichtfertigte Verweigerungsgründe darunter subsumiert werden könnten. Damit würde aber der wohlerworbene Anspruch des Aktionärs auf richterliche Durchsetzung seines Rechts auf Auskunftserteilung im Rahmen von Art. 697 I und II über Gebühr eingeschränkt. Der Begriff der «Interessen der Gesellschaft» soll und kann deshalb auch für das Gebiet der richterlichen Auskunftserteilung nicht anders interpretiert werden, denn als gleichbedeutend mit der Wahrung des Gesellschaftsgeheimnisses und des Verbots des Rechtsmißbrauchs im früher umschriebenen Sinne¹⁰⁶. Eine andere Auffassung würde zu vagen und kaum abgrenzbaren Interpretationen führen, die das Klagerecht des Aktionärs auf Auskunftserteilung letzten Endes illusorisch machen würden.

c) Die Aufgabe des Richters

Der Inhalt der richterlichen Auskunftserteilung umfaßt somit formell die Verschaffung beglaubigter Abschriften aus Geschäftsbüchern und Korrespondenzen der Gesellschaft unter Vorbehalt der materiellen Grenze der Gefährdung der Interessen der Gesellschaft. Nach dem Inhalt seines Verfügungsrechtes richtet sich die Aufgabe des Richters. Im Rahmen von Art. 697 III liegt dem Richter deshalb ob:

1. die Prüfung des Gegebenseins der Klagevoraussetzungen (Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung in der GV und Verweigerung bzw. Mangelhaftigkeit der Auskunftserteilung);
2. die Prüfung der inhaltlichen Uebereinstimmung des Klagebegehrens mit dem in der GV gestellten Aufschlußbegehren sowie die Prüfung des Erfordernisses der notwendigen Substantiierung des Klagebegehrens (Aufschluß über «bestimmte Tatsachen»);
3. die Prüfung der Zulässigkeit der Verweigerung der Auskunftserteilung, d.h.

lassen sich ohne weiteres unter den in dieser Arbeit vertretenen Begriff des Gesellschaftsgeheimnisses subsumieren.

¹⁰⁶ Vgl. vorne 153 ff., 182. Ebenso Schumacher 36 und Lasserre 78, Anm. 4. Unzutreffend dagegen die Begründung des im Ergebnis richtigen Zürcher Kassationsentscheides (ZR 47, 206), in welchem ebenfalls ein Unterschied zwischen Geheimsphäre und Interessen der Gesellschaft im Sinne von Art. 697 gemacht wurde. In jenem Fall gehörte aber die Höhe der Gehälter der Verwaltungsratsmitglieder

- a) die Prüfung der Enrede der rechtsmißbräuchlichen Ausübung des Rechts auf Auskunftserteilung,
- b) die Prüfung der Einrede der Wahrung eines Gesellschaftsgeheimnisses¹⁰⁷.

Nach Ueberprüfung dieser Fragen steht der Ausfällung eines Entscheides grundsätzlich nichts mehr entgegen. Dabei kann der Richter neben den vor allem ausschlaggebenden objektiven Verhältnissen auch auf *subjektive, in der Person des Aktionärs liegende Momente* abstellen, denn die Gefahr der Schädigung der Gesellschaft hängt zu einem großen Teil auch von der Person des den Aufschluß begehrenden Aktionärs ab. An und für sich ist allerdings das objektiv schutzwürdige Interesse der Gesellschaft jedem Aktionär gegenüber das gleiche, doch rechtfertigt es sich — vor allem in objektiv schwer zu beurteilenden Grenzfällen — einem bewährten, als treu und zuverlässig bekannten Aktionär in der Aufschlußerteilung mehr entgegenzukommen als einem Aktionär, dessen Gesinnung zweifelhaft ist¹⁰⁸. In diesem Sinne sanktioniert das Gesetz daher auch eine ungleichmäßige Behandlung der einzelnen Aktionäre durch den Richter. Im übrigen ist die materielle Schranke der Interessen der Gesellschaft auch für den Richter eine absolute¹⁰⁹. Verlangt ein Aktionär die richterliche Verschaffung von Aufschlüssen über Tatsachen, deren Offenbarung eine Verletzung des Gesellschaftsgeheimnisses und damit eine Schädigung der Gesellschaft nach sich ziehen würde, so hat der Richter die Aufschlußklage abzuweisen.

Die Verfügung des Richters hat *bei Gutheißung der Klage* dahin zu lauten, daß die Gesellschaft verpflichtet sei, dem Aktionär über die zum Gegenstand seines Klagebegehrens gemachten bestimmten Tatsachen durch beglaubigte Abschriften aus den entsprechenden schriftlichen Unterlagen der Gesellschaft Aufschluß zu erteilen. Für die Ausgäbe der beglaubigten Abschriften soll der Richter der Gesellschaft regelmäßig eine *angemessene Frist* ansetzen. Die Aufgabe des Richters besteht ausschließlich im Erlaß dieser Verfügung, die er

eben nicht zur Geheimsphäre der Gesellschaft und konnte deshalb — und nur deshalb — die Interessen der Gesellschaft nicht gefährden.

¹⁰⁷ Nach dem Gesetzeswortlaut hätte der Richter auch noch die Erheblichkeit des verlangten Aufschlusses für die Ausübung des Kontrollrechts zu prüfen. Diese Prüfung fällt aber entsprechend der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung (vgl. vorne 197/98, 199/200) als gegenstandslos dahin. Sie kann höchstens mittelbar für den konkreten Umfang der Auskunftserteilung von Bedeutung sein, sowie für die Auskunftserteilung über Unternehmenszusammenfassungen, vgl. vorne 197, Anm. 322 und hinten 263 ff.

¹⁰⁸ Ebenso Hagmann 50/1. Vgl. auch vorne 164 ff.

¹⁰⁹ Vgl. auch vorne 191/92.

nach pflichtgemäßer Untersuchung aller zu prüfenden Faktoren zu erlassen oder zu versagen hat. Er ist weder berechtigt noch verpflichtet, selbst in die betreffenden Unterlagen der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und dem Aktionär den Aufschluß persönlich zu erteilen. Auch hat er einem Aktionär, der z.B. Aufschluß über die Bezüge der Mitglieder der Verwaltung verlangt, sein Recht auf Auskunftserteilung nicht verschafft, wenn er ihn nach Kenntnisaufnahme der Bezüge mit der Bestätigung der Angemessenheit der fraglichen Entschädigung entläßt, denn der Aktionär hat Anspruch auf ziffernmäßigen Aufschluß.

Was schließlich noch die *prozessualen Nebenfolgen* anbetrifft, so ist insbesondere bei der Verteilung der Kosten und der Auferlegung einer Entschädigung zu berücksichtigen, daß der Aktionär ohne Kenntnis der Zusammenhänge und insbesondere auf die Gefahr hin klagen muß, daß die ihm bereits in der GV erteilte Auskunft nach Prüfung der Zusammenhänge vom Richter als ausreichend im Rahmen von Art. 697 bezeichnet wird. Es ist also m.a.W. zu berücksichtigen, inwieweit die Aufschlußklage subjektiv gerechtfertigt war¹¹⁰.

6. Reform des Prozeßverfahrens?

In den meisten früheren Arbeiten zur aktienrechtlichen Auskunftserteilung wurde regelmäßig heftige Kritik an dem der Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung dienenden Prozeßverfahren geübt. Diese Kritik bewegt sich in doppelter Richtung: es wird einmal die Qualifikation des ordentlichen Richters zur Beurteilung der eminent wirtschaftlichen Frage der Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses in Zweifel gezogen, und es wird sodann vor allem die Befürchtung ausgesprochen, daß gerade im Beweisverfahren das bisher ängstlich gehütete Gesellschaftsgeheimnis preisgegeben werden müsse.

Dem ersten Einwand gegen die heutige Ausgestaltung des Klagerrechts auf Auskunftserteilung, der *Behauptung einer mangelnden Qualifikation des ordentlichen Richters*, kann kurz begegnet werden, denn er wird im Hinblick auf die Verhältnisse in der Praxis sicherlich zu Unrecht erhoben. Die Vorschläge, die auf die Errichtung einer Spezialgerichtsbarkeit für Aufschlußklagen hinzielen¹¹¹, gehen jeden-

¹¹⁰ Ebenso Lehner 130.

¹¹¹ Vgl. Ronner 48/9 und Muheim 29, welche alle aktien- und bankrechtlichen Prozesse erst- und letztinstanzlich durch eine besondere Abteilung des Bundesgerichts behandelt wissen wollen.

falls sicherlich zu weit und könnten allerhöchstens für weitschichtige Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen oder für volkswirtschaftlich bedeutungsvolle Auflösungsklagen in Erwägung gezogen werden. Darüber hinaus stehen aber diesen Projekten überhaupt grundsätzliche Bedenken entgegen, weil jede Errichtung von Sondergerichten die Gefahr in sich birgt, eine Bresche mit allen ihren nachteiligen Folgen in das wohlgeordnete System der Rechtspflege zu schlagen — ganz abgesehen von föderalistischen Bedenken gegen die Ausschaltung der kantonalen Gerichte. Der Vorwurf mangelnder fachlicher Qualifikation zur Wertung komplizierter wirtschaftlicher Gegebenheiten gegenüber dem ordentlichen Richter ist im übrigen in dieser allgemeinen Formulierung völlig ungerechtfertigt. Der Richter — selbst derjenige auf der untersten Stufe der richterlichen Hierarchie — wird Tag für Tag vor schwierige wirtschaftliche Probleme gestellt, die er in der Regel auch meistert, weil diese Fragen, wie andere auch, letzten Endes ex aequo et bono gelöst werden müssen. Er kann sich daher sicherlich ohne besondere Schwierigkeiten über die Frage der Gefährdung der Interessen einer Gesellschaft eine Meinung bilden, weil diese Frage sich schließlich mit dem Begriff des Gesellschaftsgeheimnisses bzw. der Wahrung desselben deckt, über welche der Richter auch sonst Entscheidungen zu fällen hat¹¹². Für ganz besonders komplizierte Fälle besteht im übrigen ja noch die Möglichkeit der schiedsgerichtlichen Erledigung, welche für einen von Sachkenntnis getragenen Entscheid in besonderem Maße alle Gewähr bietet.

Schwerwiegender ist dagegen die *Kritik am Prozeßverfahren* an sich und insbesondere an der allfällig notwendigen Durchführung eines Beweisverfahrens. Es wurde dazu nicht mit Unrecht eingewendet, daß gerade durch ein Verhandeln vor dem Richter der Zweck der gesetzlichen Ausgestaltung des Aufschlußrechts des Aktionärs, die Wahrung des Gesellschaftsgeheimnisses, illusorisch gemacht werden könne, da die erwünschten Aufschlüsse in den meisten Fällen schon in der Verhandlung vorzeitig erteilt und auf diese Weise der vom Gesetz geforderte und angestrebte Schutz der Geheimsphäre der Gesellschaft verunmöglicht würde¹¹³. Andererseits wird die Einführung einer «ungeheuerlichen Geheimjustiz in dem Sinne, daß die Gesellschaft dem Richter ihren Standpunkt mit der Maßgabe soll bekanntgeben können, daß er von ihm der Gegenpartei keine Kenntnis gebe und weiter-

¹¹² Ebenso schon Sontag 81.

¹¹³ So Zimmermann, Buchführung, 177 a; Neidhardt 135; Ronner 46; Muheim 28/9; vgl. auch Hagmann 51.

hin auch die Akten, in welchen er seine Aufzeichnungen macht, nur von ihm und der übergeordneten Instanz eingesehen werden dürften» abgelehnt¹¹⁴. Nun ist aber die Geheimhaltung von Teilen des Verfahrens gegenüber der Gegenpartei gar nichts so «Ungeheuerliches», und es gibt Zivilprozeßordnungen, die eine solche «Geheimjustiz» von Gesetzes wegen zulassen¹¹⁵. Diese Ausnahmebestimmungen sind allerdings nicht ungefährlich, weil sie schließlich eine Beschränkung des fundamentalen Grundsatzes des rechtlichen Gehörs bedeuten¹¹⁶. Unter der Geltung von Zivilprozeßordnungen, welche solche Ausnahmevorschriften nicht kennen, wird der Richter deshalb an den Grundsatz der Parteigleichheit und Parteiöffentlichkeit strikte gebunden sein. Solche Sonderbestimmungen oder andere besondere Vorkehren sind aber für das der Durchsetzung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung dienende Prozeßverfahren auch gar nicht notwendig, weil das Gesetz selbst eine Lösung gibt, die unter allen Umständen die Verletzung von Gesellschaftsgeheimnissen und damit der Interessen der Gesellschaft verhütet.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Gefahr einer Verletzung von Gesellschaftsgeheimnissen im Verlaufe eines gewöhnlichen Prozeß- und insbesondere eines Beweisverfahrens außerordentlich groß ist. Diese Gefahr entsteht sogar nicht nur in der Verhandlung selbst, sondern ist auch durch den Entscheid des Richters gegeben, weil dieser regelmäßig begründet werden muß und die Urteilmotive selbstverständlich auf die von den Parteien vorgebrachten Behauptungen und vorgelegten Beweise Bezug nehmen müssen. Trotz diesen offenkundigen Gefahren geht die erwähnte Kritik am geltenden Prozeßverfahren aber fehl. Art. 697 III verbietet dem Richter, durch seine Verfügung die Interessen der Gesellschaft bzw. das Gesellschaftsgeheimnis zu gefährden. Dieses *Verbot der Gefährdung der Interessen der Gesellschaft*

¹¹⁴ Zimmermann, Buchführung, 177 a/78 a; Neidhardt 144.

¹¹⁵ Vgl. Guldener (zit. vorne 220, Anm. 66) I 124, Anm. 12; insbes. Hagmann 52 zur bernischen ZPO (Ausschluß einer Partei insbes. bei der Parteibefragung und bei einem Augenschein; keine Einsicht der Gegenpartei in bestimmte Urkunden; Unterlassung der Protokollierung; Expertise unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses).

¹¹⁶ Aus diesem Grunde scheiterte vor allem auch der Versuch der Errichtung einer besonderen Spruchstelle für aktienrechtliche und speziell gesellschaftsinterne Streitfälle (§ 88/91 D.Entw. 1930), die aus sachkundigen Richtern hätte zusammengesetzt werden und in einem nicht öffentlichen sog. «Bescheinigungsverfahren» die Beteiligten hätte anhören sollen, ohne einer Partei von den Erklärungen der Gegenpartei ohne deren Einwilligung Kenntnis geben zu müssen; ihre Entscheidung, die keiner Begründung bedurft hätte, wäre endgültig und für die ordentlichen Gerichte bindend gewesen. Vgl. dazu Fillié 73 ff.; G. Fischer 69 und 76 ff.; Bez 212/13; Ronner 48; A. Wieland 376; Grünpeter 148 ff.

bedeutet nun offenbar zweierlei. Es besagt einmal, daß der Richter die Interessen der Gesellschaft durch die Verfügung selbst nicht gefährden, auf keinen Fall also verletzen darf. Es bedeutet aber ferner und im besonderen, daß die Interessen der Gesellschaft auch durch das zur Bildung der richterlichen Meinung beitragende Verfahren nicht gefährdet werden dürfen, daß also m.a.W. durch das Verhandeln vor dem Richter keine Gesellschaftsgeheimnisse verletzt werden dürfen¹¹⁷. Der Inhalt und Zweck des in Art. 697 III zweiter Satz enthaltenen Verbotes geht aber schließlich noch weiter. Das Gesetz verbietet dem Richter nämlich nicht nur die Verletzung, sondern schon die *Gefährdung* der Interessen der Gesellschaft. Das kann in positiver Formulierung nur bedeuten, *daß das Gesellschaftsgeheimnis absolut, also auch gegenüber dem Richter zu wahren ist*.

Es kann kein Zweifel bestehen, daß diese Auffassung nicht nur dem Wortlaut, sondern auch der *ratio legis* entspricht und im übrigen auch den besonderen Gegebenheiten des summarischen Verfahrens gerecht wird. Ein Blick auf die praktischen Notwendigkeiten bestätigt das. Verlangt z.B. ein Aktionär Aufschluß über ausbezahlte Provisionen an betriebseigene oder außenstehende Dritte, welche auf Grund von neuen und noch unbekannten Fabrikationsverfahren oder Erfindungen ausgerichtet worden waren, so darf der Gesellschaft nicht einmal zugemutet werden, daß sie dieses Geheimverfahren vor dem Richter auch nur andeute, um die Verweigerung der Auskunftserteilung oder die an und für sich bestätigten Auszahlungen zu rechtfertigen. Noch viel weniger kann von der Gesellschaft verlangt werden, daß sie dem Richter — selbst wenn dieser die Möglichkeit hat, die Gegenpartei von der Verhandlung auszuschließen — von diesem Geheimverfahren oder einer Erfindung Kenntnis gebe und sie ihm auseinandersetze. Man braucht nur an die in solchen Fällen regelmäßig auf dem Spiel stehenden gewaltigen finanziellen oder sogar volkswirtschaftlichen Interessen zu denken, um der Auffassung einer absoluten Wahrung der Gesellschaftsgeheimnisse bzw. der Interessen der Gesellschaft auch vor dem Richter rückhaltlos beizupflichten¹¹⁸.

Was die *Beweislastverteilung* anbetrifft, so hat natürlich die Gesellschaft bzw. die Verwaltung zu belegen, daß die Erteilung des verlangten Aufschlusses die Interessen der Gesellschaft verletzen würde, denn mit der Verweigerung der Auskunftserteilung macht sie einen Ausnahmefall der grundsätzlich unbeschränkten aktienrechtlichen Auf-

¹¹⁷ a.M. Ronner 46.

¹¹⁸ Auch die Möglichkeit von gewollten oder ungewollten Indiskretionen ist schließlich nicht ganz ausgeschlossen.

schlußerteilung geltend, aus dem sie Rechte ableitet und den sie demgemäß zu beweisen hat¹¹⁹. Wollte man die Beweislast dem Aktionär auferlegen, so würde das das Recht auf Auskunftserteilung tatsächlich illusorisch machen¹²⁰.

Ist dem Richter nur schon die Gefährdung der Interessen der Gesellschaft verboten, die Geheimsphäre der Gesellschaft also auch vor ihm unbedingt und absolut zu wahren, so ist er in allen jenen Fällen, in denen die Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses in Frage steht, grundsätzlich auch nicht befugt, Beweise für die von der Verwaltung zur Rechtfertigung der Verweigerung der Auskunftserteilung in Aussicht gestellte und bestimmt behauptete Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses zu verlangen, sondern muß sich mit der *Glaubhaftmachung* der Einrede der dem verlangten Aufschluß entgegenstehenden Interessen der Gesellschaft bzw. der zu befürchtenden Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses begnügen¹²¹. Das will nun allerdings nicht besagen, daß sich der Richter mit unbestimmten oder ausweichenden Behauptungen abspeisen lassen muß, denn auch im Rahmen der Glaubhaftmachung der Notwendigkeit einer Verweigerung der Auskunftserteilung und damit der Abweisung der Aufschlußklage können spezielle Angaben bestimmter Art, die ihrerseits vielleicht nachprüfbar sind, gemacht werden¹²². Glaubhaftmachung heißt deshalb nicht Ausflüchte machen, sondern erfordert, wie ein strenger Beweis, in der Regel präzise Angaben, an deren Würdigung lediglich kein so strenger Maßstab gelegt wird.

Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse sind im übrigen für den Richter so regelmäßig wiederkehrende Begriffe, daß er sich selbst ohne ausgedehnte Spezialkenntnisse der betreffenden Branche auf Grund seiner praktischen Erfahrung und eines billigen Rechtsgefühls ein Urteil über Berechtigung oder Nichtberechtigung der Verweigerung der Auskunftserteilung auch schon bei bloßer Glaubhaftmachung der Verweigerungsgründe bilden kann. Die Möglichkeit, daß das Erfordernis der bloßen Glaubhaftmachung einer zu erwartenden Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses seitens der Verwaltung zur Deckung anderer ungerechtfertigter Verweigerungsgründe mißbraucht werden könnte, ist deshalb weitgehend ausgeschlossen. Soll-

¹¹⁹ Ebenso Thalmann, Sten.Bull. St.R. 1931, 392 (bezüglich der stillen Reserven); Ronner 46; Grünpeter 117. Vgl. auch vorne 218, Anm. 57.

¹²⁰ Vgl. auch vorne 224/25.

¹²¹ So schon das zürcherische Obergericht unter dem alten Recht, ZR 26, 104.

¹²² In diesem Sinne ist auch der Standpunkt des zürcherischen Kassationsgerichts noch vertretbar; ZR 26, 106.

ten die wirtschaftlichen Zusammenhänge und die sich daraus ergebenden Probleme aber einmal außerordentlich kompliziert sein oder sollte sonst begründeter Anlaß zu Mißtrauen gegenüber den Einwendungen und Behauptungen der Verwaltung bestehen, sodaß sich der Richter mit einer bloßen Glaubhaftmachung nicht begnügen will, kann die Frage der Möglichkeit der Verletzung eines Gesellschaftsgeheimnisses und damit der Zulässigkeit der Verweigerung der Auskunftserteilung durch ein kurzes, eventuell nur mündliches, das Gesellschaftsgeheimnis selbst jedoch währendes *Gutachten* eines neutralen Sachverständigen abgeklärt werden, womit die Unverletzlichkeit der Geheimsphäre der Gesellschaft wiederum garantiert wäre.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich jedenfalls, daß eine Reform des der richterlichen Durchsetzung der Auskunftserteilung dienenden Prozeßverfahrens weder in der Form einer Einführung von fachmännisch besetzten Spezialgerichten noch in der Form der Schaffung von Prozeßvorschriften zur Geheimhaltung des Verfahrens notwendig ist, da die gesetzliche Regelung bei sinngemäßer Auslegung allen Anforderungen gerecht zu werden vermag.

Besonderer Teil

5. Kapitel

Die aktienrechtliche Auskunftserteilung in Unternehmenszusammenfassungen

Die zum Schluß im besonderen Teil dieser Arbeit zu behandelnden Fragen stellen einen der praktisch wichtigsten Anwendungsfälle des Rechts auf Auskunftserteilung und der aktienrechtlichen Publizität im allgemeinen dar. Dieser außerordentlichen Bedeutung der Auskunftserteilung in und über Unternehmenszusammenfassungen kann nur eine etwas einläßlichere, auch allgemeine Fragen nicht außer acht lassende Darstellung gerecht werden. Dabei kann durchgehend auf die im allgemeinen Teil entwickelten Grundsätze zurückgegriffen und auf ihnen aufgebaut werden. Darüber hinaus ergeben sich aber spezifische Probleme, die sich nur für dieses besondere Gebiet des Aktienrechts stellen und deren Lösung nur auf der Grundlage einer vorhergehenden kurzen Systematik des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, die gerade diesen speziellen Fragen Rechnung trägt, verständlich sein wird. Mit dieser allgemeinen Einleitung soll — ihrer Bedeutung entsprechend — eine kurze Zusammenfassung der besonderen Publizitätsprobleme auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen verbunden werden, welche umso notwendiger erscheint, als sie — wenigstens von diesem Gesichtspunkt aus — noch nie versucht wurde.

I. ALLGEMEINES

Die wirtschaftliche Entwicklung im 20. Jahrhundert ist gekennzeichnet durch eine seit der Jahrhundertwende ständig zunehmende Konzentrations- und Expansionstendenz. Während sich diese Tendenz anfänglich nur in der Bildung von Großunternehmen äußerte, verlagerte sich das Schwergewicht der weiteren Entwicklung auf den Zusammenschluß von größeren und kleineren Unternehmen zu Unternehmenszusammenfassungen in der Form von Konzernen und

Trusts. Parallel dazu verlief die Entwicklung der Kartelle¹. Diese unter dem Schlagwort «wirtschaftliche Strukturwandlungen» bekannte Entwicklung ist schon so oft dargestellt worden², daß sich hier nähere Ausführungen erübrigen. Die Gründe dieser Entwicklung sind vor allem wirtschaftlicher Natur. Durch Unternehmenszusammenfassungen irgendwelcher Art wird die Rationalisierung der Wirtschaftstätigkeit gefördert, womit sich mannigfaltige Vorteile produktions- und verwaltungstechnischer, kommerzieller und finanzieller Art ergeben. Interessengegensätze können ausgeglichen, die Konkurrenz ausgeschaltet, Einkauf und Absatz rationell verteilt, Erfahrungen in wissenschaftlichen Forschungen, in Propaganda und Beobachtung der Marktlage gegenseitig vermittelt, Rohstoffquellen kontrolliert werden usw. Daneben können auch rechtliche Gründe für eine Konzentration vorliegen, indem bei einer Gründung rechtlich selbständiger Unternehmen im Ausland deren nationaler Charakter im Gegensatz zur Filiale gewahrt bleibt, und schließlich können steuerliche Gründe einen Zusammenschluß vorteilhaft erscheinen lassen. Die Konzentration vollzieht sich je nach ihrem Ziel vertikal oder horizontal³.

Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen⁴ beschlägt ein fast unübersichtlich weites Gebiet, sodaß zur Einführung eine summarische Systematik, verbunden mit einer Klärung der verschiedenen Begriffe, unentbehrlich erscheint. Beim Aufstellen dieser Systematik ist auf ihren besonderen Zweck, nämlich Ausgangspunkt für die Grundlegung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung zu sein, Bedacht zu nehmen.

Vorerst ist noch auf den oft nicht beachteten *Unterschied zwischen Unternehmen und Gesellschaft* aufmerksam zu machen. Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen betrifft in erster Linie den Zusammenschluß von einzelnen Unternehmen. Der Begriff des Unternehmens erschöpft sich nun aber nicht schon in der Umschrei-

¹ Für weitere Spezialliteratur aus dem Recht der Unternehmenszusammenfassungen, welche in dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden konnte, vgl. im allg. Naegeli I; für das Konzernrecht Joß und Frankenberg; für das Kartellrecht Eggmann.

² Vgl. insbes. Ausschuß I und III und die nationalökonomische und juristische Literatur. Ueber die Entwicklung in Deutschland vgl. Friedländer 4 ff.; über die neueren Konzentrationstendenzen in den Vereinigten Staaten vgl. NZZ, Nr. 1592 vom 7. September 1946 und Nr. 1372 vom 11. September 1946.

³ Die vertikale Konzentration vor allem zur Sicherung der Rohstoffbeschaffung, die horizontale besonders zu Rationalisierungszwecken (Produktions- und Absatzregelung).

⁴ Der Begriff der Unternehmenszusammenfassung wird hier als Oberbegriff der gesellschaftlichen Zusammenschlüsse im weitesten Sinne verstanden.

hung, ein mit eigener kaufmännischer Organisation versehener Betrieb zu sein⁵. Dem Unternehmen ist im Gegenteil gegenüber dem Betrieb ein übertragbarer organisatorischer Eigenwert wesentlich: beiden ist nur gemeinsam, daß sie eine Organisation von Wirtschaftsgütern und Arbeitskräften zum Gegenstand haben. Das für die Rechtsordnung relevante Unternehmen kann daher als «eine durch subjektive wirtschaftliche Zuordnung geschaffene Organisation von Gütern und Arbeitskräften, die unabhängig von der Persönlichkeit des Organisierenden dauernd demselben Zweck zu dienen bestimmt ist» oder kürzer als die «durch die Unternehmensorganisation geschlossene Einheit von Rechten, Rechtsverhältnissen und tatsächlichen Beziehungen»⁶ bezeichnet werden. Der Unterschied zwischen Unternehmen und Gesellschaft liegt damit auf der Hand. Die AG bedarf zur Durchführung ihrer Aufgabe einer Organisation. Das Unternehmen als rein wirtschaftliches Gebilde ist diese Organisation, mit welcher der vorwiegend wirtschaftliche Zweck der AG erreicht werden soll. Das Unternehmen ist der Wirtschaftskörper, die AG die Rechtsorganisation; das erstere ist daher von der AG, auf deren Kapital seine Existenz beruht, abhängig⁷. Die Gesellschaft als juristische Person bleibt somit auf jeden Fall Rechtssubjekt, das Unternehmen als Vermögenskomplex aber ist lediglich Rechtsobjekt⁸.

Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen ist deshalb erst in zweiter Linie auch das Recht der Gesellschaftsverflechtungen, indem Gesellschaften des Handelsrechts, die Inhaber eines Unternehmens sind, durch den Zusammenschluß ihrer Unternehmen in irgendeiner rechtlichen Form und in verschiedener Intensität ebenfalls verbunden werden. Die Gesellschaft ist daher lediglich die rechtliche Grundlage, auf der sich der Unternehmenszusammenschluß vollzieht, obwohl diese *Rechtsgrundlage des Zusammenschlusses* in dem Sinne tatsächlich primär sein kann, als sich die wirtschaftliche Zusammenfassung aus der vorgängigen Verbindung ihrer Rechtssubjekte,

⁵ So Joß 72 unter Stützung auf die Ausführungen bei Passow, Betrieb, 41 ff. Vgl. auch W. v. Steiger 250 a.

⁶ Oppikofer 20 und 136.

⁷ Ebenso Kohli 7 ff. und 28; Schapira (zit. vorne 186, Anm. 282) 35/7; vgl. auch Joß 65 ff. In der Terminologie Fehrs (ZSR 47 NF [1928] 1 ff.) könnte das Unternehmen als der dynamische, die Gesellschaft als der statische Begriff bezeichnet werden. Darin liegt denn auch das Kernproblem des Unternehmensrechtes: eine Gruppe von Produktionsmitteln und Arbeitskräften, die in ihrem sich stets verändernden Bestande allein durch wirtschaftliche Organisationstätigkeit bestimmt wird, als einheitlichen Gegenstand rechtlichen Normen zu unterwerfen (vgl. Oppikofer 21).

⁸ Joß 76.

also der Gesellschaften, ergibt. Die moderne Konzentrationsbewegung hat sich im übrigen auf der Grundlage aller rechtlichen Gesellschaftsformen vollzogen, wobei aber die AG hauptsächlichster Gegenstand von Unternehmenszusammenfassungen war. Es versteht sich von selbst, daß sich die folgenden Ausführungen nur auf Unternehmenszusammenschlüsse auf dem Gebiete des Aktienrechts, auf *Aktienunternehmungen*, beziehen.

Die bisher aufgestellten *Systeme* auf dem Gebiete der Unternehmenszusammenfassungen folgten ganz verschiedenen Unterscheidungsmerkmalen⁹. Das wirtschaftliche Motiv, welches allen Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Konzentration zugrunde liegt, besteht zunächst darin, die Existenz der einzelnen Unternehmen zu sichern und ihre Rentabilität zu steigern¹⁰. Dieses Ziel kann hauptsächlich auf zwei Wegen erreicht werden: durch eine *gemeinsame Marktordnung* oder durch *gemeinschaftliche Rationalisierungsmaßnahmen*. Im ersten Falle besteht der Zweck des Zusammenschlusses in der Beschränkung der Konkurrenz durch die Festsetzung gemeinsamer Lieferungs- und Zahlungskonditionen, durch eine gemeinsame Preispolitik, durch die Kontingentierung von Absatz oder Produktion und durch die Aufteilung der Absatzgebiete oder die Zusammenfassung der Absatztätigkeit. Demgegenüber wird das erstrebte Ziel im zweiten Falle durch eine mehr oder minder starke Rationalisierung — in straff organisierten Zusammenschlüssen regelmäßig mit Vermögensgemeinschaft und einheitlicher Leitung verbunden — zu erreichen versucht. Damit ergibt sich einmal die Unterscheidung von *Marktbeherrschungszusammenschlüssen* (Syndikat, Kartell, Ring, kartellähnliche Abmachungen) und *Rationalisierungszusammenschlüssen* (Konzern, Interessengemeinschaft, Zweckgemeinschaft, Partialgemeinschaft, Konsortium), womit in summarischer Weise dem *Kartellrecht* das *Konzernrecht* gegenübergestellt ist¹¹. Während die Tendenz der Zusammenfassung bei der ersten Gruppe nach außen geht, ist sie bei der zweiten Gruppe nach innen gerichtet; die Kombination beider Ten-

⁹ Vgl. vor allem Haußmann, Grundlegung, 125/27 und Friedländer 35 ff.; ferner die Zusammenstellung und Kritik bei Joß 37 ff. Einen ausgezeichneten kurzen Gesamtüberblick über das wirtschaftliche Konzentrationswesen gibt Naegeli I 273 ff.

¹⁰ Vgl. Hug, Organisation, 321 ff. und Naegeli I 273 ff.

¹¹ Die Darstellung der Definitionen dieser und anderer Begriffe aus dem Recht der Unternehmenszusammenfassungen würde zu weit führen; es sei dazu auf die einschlägige Literatur, insbes. auf Liefmann II; Haußmann, Grundlegung, 86 ff.; J. G. Egger 188 ff. und Naegeli I verwiesen.

denzen ist der *Trust*¹², welcher Monopolisierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen erstrebt.

Nach dem Zweck und den wirtschaftlichen Aufgaben, die der Zusammenschluß zu erfüllen hat, richtet sich seine *rechtliche Organisation*. Diese Faktoren bestimmen das Maß der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbindung der einzelnen Unternehmen sowie das Maß des Organisationsbedürfnisses. Die für die gewählte Organisationsform maßgebenden Rechtssätze bestimmen wiederum die Bindung oder Abhängigkeit der einzelnen Glieder. Diese Wirkung der Form des Zusammenschlusses nach innen, d.h. das *Innenverhältnis*, wird für die Grundlegung und Ausgestaltung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung ausschlaggebend sein.

Unternehmenszusammenfassungen sind ihrem Wesen und Begriffe nach wirtschaftliche Erscheinungen¹³, die sich allerdings regelmäßig auf einer rechtlichen Grundlage abspielen. Eine systematische Gliederung muß daher beide Gesichtspunkte berücksichtigen. Der Versuch von H a u ß m a n n, beide Einteilungsprinzipien im gleichen System zusammenzufassen, bietet eine wenig glückliche Lösung, da dadurch Gegensätze geschaffen werden, die nicht bestehen¹⁴. Die befriedigendste Lösung kann daher nur in der Aufstellung von zwei Gliederungen, einer rechtlichen und einer wirtschaftlichen, liegen, wie sie J o ß für das Konzernrecht unternimmt¹⁵. In einem *rechtlichen System* der Unternehmenszusammenfassungen wäre vor allem nach dinglichen (z.B. Erwerb von Beteiligungen) und obligatorischen (z.B. Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge; sämtliche Arten von Vertragsgemeinschaften wie Konsortial-, Interessengemeinschafts- und Kartellverträge) Formen des Zusammenschlusses zu unterscheiden¹⁶, wobei zu beachten ist, daß in der Praxis beide Formen regelmäßig kombiniert vorkommen. Diese rechtliche Gliederung hilft aber — wie später noch im einzelnen auszuführen sein wird — für eine Grundlegung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung nicht weiter. Für die Lösung der hier speziell gestellten Aufgabe kann einzig und allein

¹² Der Trust als regelmäßig intensivste Unternehmenszusammenfassung wird im folgenden unter die Subordinationsverhältnisse subsumiert und im Zusammenhang mit dem Konzernrecht behandelt.

¹³ Ebenso Gysin 372 und Brunner 117.

¹⁴ Ausführlicher Joß 45.

¹⁵ 55 ff.

¹⁶ Dies ist die Obereinteilung des Haußmann'schen Systems, vgl. Grundlegung 108 ff., insbes. 125/27. Joß, 57/61, gliedert komplizierter, indem er von der Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Unternehmenszusammenfassungen ausgeht, diese in zivilrechtliche und handelsrechtliche Formen einteilt und erst dann dingliche und obligatorische Gestaltungen unterscheidet.

eine wirtschaftliche Gliederung, die auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt, maßgebend sein.

Diese *wirtschaftliche Gliederung* beruht auf der Unterscheidung von *Subordination* (Unterordnung) und *Koordination* (Gleichordnung)¹⁷ und ist insofern eine wirtschaftstatsächliche, als sie die wirtschaftliche Machtverteilung, d.h. die wirtschaftstatsächliche Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit der einzelnen Glieder des Zusammenschlusses in den Vordergrund stellt. Innerhalb dieser zwei Kriterien muß wiederum nach der *Intensität des Zusammenschlusses* differenziert werden, und gerade diese Differenzierung ist es, die vor allem Richtlinie für die Ausgestaltung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung im einzelnen sein wird.

Merkmal der wirtschaftlichen Subordination ist das *Beherrschungselement*, indem bei den zusammengeschlossenen Unternehmen bzw. Gesellschaften auf der einen Seite Beherrschung, auf der andern Seite Abhängigkeit besteht. Dieses Subordinationsverhältnis kann verschieden intensiv sein; es kann von einer nur teilweisen leichten Beeinflussung über eine maßgebliche Beeinflussung zur teilweisen und schließlich völligen Abhängigkeit und Beherrschung gesteigert werden. Subordinationsverhältnisse können daher grundsätzlich als Beherrschungsverhältnisse bezeichnet werden, womit eine Unterscheidung zum Koordinationsverhältnis getroffen ist, das sich grundsätzlich als Gemeinschaft darstellt. Als *Merkmal der wirtschaftlichen Koordination* kann deshalb das *Bindungselement* bezeichnet werden, indem hier grundsätzlich eine freiwillige Einigung zwischen Gleichgestellten besteht¹⁸. In der Praxis sind Kombinationen von Subordination und Koordination außerordentlich häufig.

Diese kurzen systematischen Hinweise, die zugleich auch die Schwierigkeiten von eindeutig abgrenzbaren Gliederungen aufzeigten, sollen Grundlage für die nachfolgende Lösung der Regelung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung auf dem Gebiete der Unternehmenszusammenfassungen sein. Bevor auf diese Regelung im einzelnen eingetreten werden kann, müssen aber noch die allgemeinen, sich aus dem Recht der Unternehmenszusammenfassungen ergebenden aktienrechtlichen Publizitätsprobleme dargestellt werden, um damit einen Aus-

¹⁷ Haußmann, Tochtergesellschaft 18, bezeichnet diese beiden Begriffe mit Recht als die zwei großen Richtlinien, mit deren Hilfe das unübersehbare Gebiet des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen geklärt werden kann.

¹⁸ Haußmann, Grundlegung 107, verwendet den Begriff der Beherrschung auch für das Koordinationsverhältnis; eine Beherrschung verlangt jedoch zwingend Unter- und Ueberordnung (ebenso Joß 45/6).

gangspunkt für die späteren Untersuchungen zu schaffen und die zwingende Notwendigkeit einer ergänzenden Auskunftserteilung hervortreten zu lassen.

II. PUBLIZITÄTSPROBLEME

Den unbestreitbaren Vorteilen, die ein wirtschaftlicher Zusammenschluß von Unternehmen bietet, stehen große Gefahren auf aktienrechtlichem Gebiete gegenüber, die durch den Begriff der «*Verschachtelung*» gekennzeichnet werden¹⁹. Neben der durch Groß- und Riesenunternehmungen geförderten Ballung wirtschaftlicher Macht in den Händen Einzelner, die sich nur zu oft auch auf die politische Gestaltung eines Landes auswirkt und zu einer gefährlichen Machtpolitik verführt²⁰, interessieren hier vor allem die Folgen der Machtentfaltung nach innen und insbesondere die durch sie bewirkte Beeinträchtigung der aktienrechtlichen Publizität.

1. Publizitätsprobleme in Subordinationsverhältnissen, insbesondere die Konzernpublizität

Eine durch keinerlei Rücksichten gehemmte Herrschaft ist zur Hauptsache in intensiven Subordinationsverhältnissen anzutreffen und die *Gefahren*, die sich daraus ergeben können, liegen auf der Hand²¹. Die durch die Konzentrationsbewegung bewirkten Beziehungen zwischen einzelnen Gesellschaften sind infolge von Abhängigkeitsverhältnissen und sonstigen Verknüpfungen in hohem Maße geeignet, eine Verschleierung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse herbeizuführen oder wenigstens den Einblick in die wirtschaftliche Struktur der Unternehmungen, in ihre Ertrags- und Vermögenslage zu erschweren. Diese einseitigen oder gegenseitigen Beziehungen bieten außerordentlich verführerische Möglichkeiten zu täu-

¹⁹ Zum Problem «Verschachtelung und Publizität» vgl. auch eingehend Leitz 240 ff.

²⁰ Vgl. etwa das amerikanisch-britische Gesetz zur Auflösung der deutschen Konzerne in NZZ, Nr. 280 und 475 vom 13. Februar 1947 und 13. März 1947. Ferner NZZ, Nr. 308 vom 12. Februar 1948 und Nr. 1840 vom 5. September 1950.

²¹ Vgl. dazu Gottschalk: Die Lehre aus den Aktienskandalen der Nachkriegszeit, Industriewirtschaftliche Untersuchungen, herausgegeben von Beckerath, Heft 2, 1934.

scheiden Manipulationen und gesetzwidrigen Handlungen. So können je nach Bedarf Gewinne und Verluste verlagert und verschoben, Gewinne einzelner Gesellschaften mit Verlusten anderer beteiligter Gesellschaften kompensiert oder buchmäßige fiktive Gewinne realisiert werden, um damit z.B. eine Liquidität vorzutäuschen, die tatsächlich nicht vorhanden ist. Ferner ergeben sich Möglichkeiten der Steuerumgehung, der maßlosen Bildung und Aufzehrung stiller Reserven, überhaupt alle erdenklichen Varianten von Bilanzverschleierungen und Verschiebungen von Aktiven und Passiven zwischen den verbundenen Gesellschaften, die dem Einzelunternehmen nur in sehr beschränktem Umfang zur Verfügung stehen²².

Diese Gefahren haben verschiedene Länder bewogen, in ihre Gesetzgebung *Publizitätsvorschriften über Gesellschaftsverflechtungen* aufzunehmen. So verpflichtet der englische Gesetzgeber jede AG zur Angabe ihrer Beteiligung an anderen Gesellschaften und der an abhängige Gesellschaften (*subsidiaries companies*) gewährten Darlehen (s. 125 CA), sowie Holdinggesellschaften zu einer der Bilanz beizufügenden Aufstellung, aus der die Gewinne und Verluste der abhängigen Gesellschaften gesamthaft ersichtlich sind und aus der ferner hervorgeht, wie die Verluste dieser subordinierten Gesellschaften in den Büchern beider Gesellschaften verbucht wurden (s. 126 CA)²³. In ähnlicher Weise versuchte die deutsche Aktienrechtsnovelle von 1931 den Gefahren der Konzentration entgegenzutreten. Sie verlangte eine weitgehende Offenlegung der Gesellschaftsverflechtungen im Geschäftsbericht, in der Bilanz und im Bericht an den Aufsichtsrat²⁴. Alle diese Bestimmungen wurden vom neuen deutschen Aktiengesetz übernommen. Seine Vorschriften gehen im wesentlichen dahin, daß im Geschäftsbericht über die Beziehungen zu einer abhängigen Gesellschaft und zu einer Konzerngesellschaft zu berichten ist (§ 260 a II HGB, § 128 II Ziff. 8 DAG). In der Bilanz ist zwischen gewöhn-

²² Vgl. dazu etwa Ausschuß III 90 ff.; ferner Henggeler, Kontrollrecht, 207/8. Eines der bekanntesten unrühmlichen Beispiele für solche Verhältnisse und für die damit einhergehende Einschränkung der aktienrechtlichen Publizität ist die *Compania Hispano-Americana de Electricidad*, Madrid (Chade); vgl. dazu die im Anschluß an das spanische Regierungsdekret vom 17. Juli 1947 hervorgerufene Pressekampagne und die Berichterstattung über die Generalversammlungen vom 28. Oktober und 18. November 1947 in Luxembourg in der Tagespresse (Herbst 1947; insbes. NZZ, Nr. 2112 vom 28. Oktober 1947 und Nr. 2316 und 2319 vom 24./25. November 1947; ferner NZZ, Nr. 2538 vom 1. Dezember 1948).

²³ Die im Gange befindliche Revision des englischen Aktienrechts geht in der «Durchleuchtung» der Verschachtelungen noch weiter, vgl. dazu im einzelnen hinten 249, Anm. 33.

²⁴ Vgl. die Zusammenfassung der maßgebenden Bestimmungen bei Rosendorff, Aktienrecht, 397.

lichem Effektenbesitz und Beteiligungen zu unterscheiden, und es sind Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber abhängigen Gesellschaften und Konzerngesellschaften besonders auszuweisen (§ 261 a HGB, § 131 DAG). Die Gewinn- und Verlustrechnung hat überdies auf der Seite der Erträge diejenigen aus Beteiligungen besonders aufzuführen (§ 261 c HGB, § 132 DAG)²⁵. Das *schweizerische Aktienrecht* kennt keine Bestimmungen im Sinne verschärfter Publizitätsvorschriften für das Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen²⁶; es hat im Gegenteil in Art. 671 IV und 711 II die Holdinggesellschaften privilegiert²⁷.

Mit diesen gesetzlichen Bestimmungen wird aber noch keine genügende Uebersicht über die Gesellschaftsverflechtungen geboten. Eine befriedigende Lösung der sich aus der Konzentration im besonderen ergebenden Bilanzprobleme kann nur auf der Grundlage einer *konsolidierten Bilanz (Konzern- oder Gemeinschaftsbilanz)*²⁸ geschaffen werden. Die Aufstellung solcher Bilanzen ist allerdings an die Voraussetzungen einer weitgehenden wirtschaftlichen Zusammenarbeit, eines organischen wirtschaftlichen Zusammenhanges sowie gleicher Bilanzstichtage und Buchungs- und Bewertungsgrundsätze bei den einzelnen Gesellschaften gebunden. Konsolidierte Bilanzen sind vor allem in der amerikanischen Konzernpraxis bekannt²⁹; in Europa er-

²⁵ Die gleichen Probleme in bezug auf die Beeinträchtigung der aktienrechtlichen Publizität durch die Konzentrationsbewegung haben auch den französischen Gesetzgeber beschäftigt, vgl. Lesaché in Bulletin 64 (1934/35) 150; ferner Percerou, André: Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions, Thèse Paris 1932, 528 ff.

²⁶ Dagegen sind in den Kotierungsreglementen der schweizerischen Börsen verzelte Vorschriften betr. Angaben über Tochter- und Konzerngesellschaften im Börseneinführungsprospekt enthalten; vgl. etwa das Kotierungsreglement der Zürcher Effektenbörse, § 5 Ziff. 11, vorne 97.

²⁷ Vgl. dazu W. v. Steiger 335 a und Bürgi, N 114/18 zu Art. 671. Zu den Verhältnissen in der Schweiz Curti, Arthur: Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Berlin 1930, 232 ff. und Rosendorff, Richard: Wesen und Besonderheiten der Konzernbildung, insbesondere der Holdinggesellschaften in der Schweiz, Zürich und Leipzig 1933, 42 ff. Zur Bedeutung der industriellen Holdinggesellschaften für die schweizerische Volkswirtschaft vgl. NZZ, Nr. 2221, 2229, 2235 und 2239 vom 19./21. Dezember 1944.

²⁸ Vgl. dazu Hoffmann, Alex: Die Konzern-Bilanz, Wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 11, Leipzig 1930; Daehn, Gerhard: Konzernbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Konzernbilanzen in England und den Vereinigten Staaten, Diss. Berlin 1934; Rasch 154 ff. (mit einer Zusammenstellung der maßgebenden Literatur, 342/43); Capitaine 119 a ff. (mit einem Beispiel einer Konzernbilanz, 122 a bis); Folliet (zit. vorne 94, Anm. 19) 526 ff., 536/38; weitere Literaturangaben bei Joß 213, Anm. 183. Neuerdings auch Lutz, Benno: Die Bewertungsprobleme des Konzerns, Diss. St. Gallen 1952, insbes. 158 ff.

²⁹ Beispiele bei Joß 212, Anm. 181; die Erstellung solcher Bilanzen ist ferner auch in England und Schweden üblich.

hob sich dagegen schärfster Widerstand³⁰. Die Konzernbilanz hat jedoch nicht an Stelle der Normalbilanz, sondern neben diese zu treten, damit die erwünschte Klarheit in bezug auf Gesellschaftsverflechtungen erreicht wird. In der Schweiz hat sich die Aufstellung konsolidierter Bilanzen noch nicht eingelebt; sofern solche angefertigt werden, sind sie nur für den internen Gebrauch zur Orientierung der Verwaltung, nicht aber zur Vorlage an die Aktionäre bestimmt³¹.

Im allgemeinen dürfen daher die das Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen und insbesondere des Konzernrechts beschlagenden Bekanntmachungen der einzelnen Gesellschaften als sehr dürftig bezeichnet werden³². Gerade für dieses Gebiet muß aber eine *weitgehende Publizität* in noch erhöhtem Maße als für die einzelgesellschaftlichen Vorgänge gefordert werden. Je ausgeprägter die Möglichkeiten von Gesetzesumgehungen und Verschleierungen unzulässiger Transaktionen sind, desto weiter muß auch die Offenlegungspflicht gehen, die bei richtiger Anwendung eine der wirksamsten Garantien gegen Schädigungen von Aktionärminderheiten ist³³. Durch die Konzentration und die mit ihr verbundene Offenlegungs- bzw. Vertuschungspraxis ist der Wirklichkeitswert der sonst schon ungenügenden gesetzlichen Vorlagen wie Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht auf einen Minimalumfang herabgemindert worden. Aus dieser Tatsache einer mangelhaften aktienrechtlichen Publizität ergibt sich daher auch für das Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen die *Notwendigkeit der Ausgestaltung eines Rechts des Aktio-*

³⁰ Von der Ermächtigung in § 261 d Ziff. 2 HGB und § 134 Ziff. 2 DAG, «für Konzerngesellschaften Vorschriften über die Aufstellung des eigenen und über die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Jahresabschlusses zu erlassen», wurde kein Gebrauch gemacht.

³¹ Henggeler, Kontrollrecht, 208. Vgl. eine Ausnahme (Schindler & Cie. AG. Luzern) in NZZ, Nr. 1952 vom 26. September 1949. Gegen die Bekanntgabe von Konzernbilanzen an die Aktionäre der herrschenden Gesellschaft, Folliet a.a.O. 538.

³² Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 208. Vgl. die Beispiele über das Ausmaß der Publizität in einzelnen deutschen Unternehmenszusammenfassungen in Ausschluß I 389 ff., 401 ff., 425 ff., 444 ff., 458, 465 ff. und 472 ff.

³³ Einen erheblichen Fortschritt stellt in dieser Beziehung die in Aussicht genommene Revision des englischen Aktienrechts dar. Die Vorarbeiten sehen die Erstellung und Veröffentlichung von konsolidierten Bilanzen seitens der herrschenden Gesellschaften sowie die getrennte Aufführung der Schulden an und der Guthaben bei der herrschenden Gesellschaft in der Bilanz der abhängigen Gesellschaft vor; der Bericht der Kontrollstelle muß ferner Angaben über die herrschende sowie über die abhängigen Gesellschaften enthalten, die eingetragenen Aktionäre müssen zur Verhinderung unübersichtlicher Eigentumsverhältnisse eine Eigentümererklärung abgeben und schließlich haben die Mitglieder der Verwaltung jeder Gesellschaft ihre direkten oder indirekten Interessen sowie allfällige Mutationen in Aktien oder Obligationen der eigenen und der abhängi-

närs auf Auskunftserteilung über angegliederte Unternehmen. Diese Notwendigkeit folgt aus den gleichen Gründen, wie sie vorher schon für das einfache Recht auf Auskunftserteilung aufgezeigt wurden: aus der Unzulänglichkeit der übrigen Publizitätsmittel, aus dem Ungenügen einer anderweitigen Kontrolle und aus der durch die Konzentration noch geförderten Machtlosigkeit des Minderheitsaktionärs.

Die schon an und für sich bestehende *materielle Unzulänglichkeit der allgemeinen aktienrechtlichen Publizitätsmittel* wird im Falle einer Gesellschaftsverflechtung noch gesteigert. Die Bilanz wird zu einer farblosen Rechnungsübersicht, da die Aktiven und Passiven der angeschlossenen Gesellschaften in der jeweiligen Gesellschaftsbilanz nur als Effektenbeteiligungen, Schulden und Forderungen figurieren³⁴. Die gesetzlichen Bilanzgrundsätze werden damit vollends illusorisch gemacht und das Ziel der Bilanz, den Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes zu vermitteln (Art. 959), vereitelt³⁵. Die Bilanzen sprechen deshalb dem vom Gesetz geforderten Grundsatz der Bilanzklarheit geradezu Hohn. Das gleiche gilt für die Geschäftsberichte, welche sehr oft überhaupt keine Angaben über beteiligte Gesellschaften oder im besten Falle nur solche ganz allgemeiner Art enthalten³⁶. Diese Konzernverhältnisse sind aber für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage einer Gesellschaft und des Unternehmens von entscheidender Bedeutung, und das Interesse der Aktionäre geht darauf, die Beteiligungen und deren proportionelle Erheblichkeit zu kennen. Eine Befriedigung dieses rechtmäßigen Interesses ist jedoch nur möglich, wenn die gesamte Lage der abhängigen Gesellschaften in einem Anhang zur Bilanz oder im Geschäftsbericht eingehend und unter Angabe der Beteiligung bekanntgegeben wird³⁷.

gen Gesellschaften regelmäßig bekanntzugeben; vgl. dazu NZZ, Nr. 1295 und 1300 vom 21./22. Juli 1946.

³⁴ Eine Unterscheidung zwischen Wertschriften zur Wiederveräußerung und solchen aus dauernden Beteiligungen wird regelmäßig nicht gemacht. Für die Notwendigkeit einer besonderen Ausweisung der dauernden Beteiligungen sowie der Forderungen gegenüber den kontrollierten Gesellschaften im Gegensatz zu den gewöhnlichen Kundenguthaben auch Bürgi, N 41/3 zu Art. 662/63.

³⁵ Ebenso Hug, Organisation, 323. Zum Problem «Bilanzrecht und Konzernbildung» vgl. auch Leitz 249 ff.; ferner Friedländer 323 ff.

³⁶ Vgl. Henggeler, Kontrollrecht, 208. Für eine Offenlegungspflicht im Geschäftsbericht auch Hug, Revision, 93/4 und Heilbrunn, Geschäftsbericht, 163. Kurze, zum Teil ziemlich eingehende Übersichten im Geschäftsbericht werden neuerdings bei einigen größeren Gesellschaften doch zur Übung; vgl. z.B. NZZ, Nr. 624 vom 25. März 1950.

³⁷ Ebenso Capitaine 99 a; vgl. auch das dort (101 a) angeführte Beispiel einer Bilanz und einer Gewinn- und Verlustrechnung, die den Erfordernissen der Klarheit genügen.

Eine wirksame Kontrolle auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen kann ferner nur durch eine *einheitliche Kontrollstelle* für alle angeschlossenen Konzerngesellschaften gewährleistet werden³⁸. Diese Forderung ist allerdings noch alles andere als verwirklicht. Wohl bestehen in vielen Konzernen eigene Revisionsbüros, die eine ständige Kontrolle über den gesamten Unternehmenskomplex ermöglichen: ihre Berichte sind aber nicht zur Vorlage an der GV bestimmt, sondern dienen nur rein internen Zwecken. Daneben ist jedoch die vom Gesetz vorgesehene aktienrechtliche Kontrollstelle grundsätzlich nicht befugt, Revisionen bei den abhängigen Gesellschaften durchzuführen. Es liegt auf der Hand, daß eine Prüfung des Jahresabschlusses der Dachgesellschaft nur vollständig ist, wenn die Möglichkeit besteht, auch die Vermögensverhältnisse der subordinierten Gesellschaften, welche einen wesentlichen Bestandteil des Vermögens der herrschenden Gesellschaft ausmachen, zu prüfen. Als Minimalerfordernis einer wirksamen Kontrolle müßte auf jeden Fall der einzelnen Kontrollstelle die Befugnis zustehen, die Ordnungsmäßigkeit der Revision bei jenen Gesellschaften nachprüfen zu können, deren Vermögenslage von erheblichem Einfluß auf diejenige der von ihr zu prüfenden Gesellschaft ist³⁹. Diese Postulate stehen aber noch weit hinter der Wirklichkeit zurück. Zur Abfassung ihres Berichtes an die Aktionäre wird daher die Kontrollstelle praktisch auf Revisorenberichte abstellen müssen, über deren Ordnungsmäßigkeit sie sich keine Rechenschaft ablegen kann⁴⁰. Bei Einmanttchtergesellschaften weiß sie vielleicht nicht einmal, ob dort Kontrollorgane überhaupt existieren oder ob solche nicht etwa von der Verwaltung der Muttergesellschaft abhängig sind und daher Berichte liefern, wie sie ihnen vorgeschrieben werden. Die an und für sich oft schon problematische Prüfung des Jahresabschlusses wird durch solche und ähnliche Verhältnisse noch unvollkommener, sodaß die Aktionäre darauf angewiesen sein werden, sich auf dem Wege der Auskunftserteilung selbst die notwendigen Aufschlüsse zu verschaffen.

³⁸ Dazu ausführlich JoB 216 ff., Bez 183 ff. und Wolf in SAC 3 (1930/31) 97 ff.

³⁹ Ebenso Siegwart, Einl. N 187, welcher bei überragender Beteiligung oder vollkommener Beherrschung auch für eine direkte Durchführung der Kontrolle in den abhängigen Gesellschaften durch die Revisoren der herrschenden Gesellschaft eintritt. Für vermehrte Kompetenzen der Kontrollstelle auch Capitaine 123 a ff.; dagegen W. v. Steiger 567 a/68 a, der auf die Aufschlußpflicht der Verwaltung gegenüber der Kontrollstelle gemäß Art. 728 II verweist.

⁴⁰ In den Berichten der englischen auditors wird in solchen Fällen immer besonders darauf hingewiesen, daß die Unterlagen nicht zur Verfügung standen. vgl. Rosendorff, Aktienrecht, 421; vgl. auch s. 126 II CA.

Schon bei der Betrachtung der einzelgesellschaftlichen Auskunftserteilung war der schwerwiegendste Faktor, der die Notwendigkeit eines Kontrollrechts der Aktionäre bestimmte, die Machtlosigkeit des Minderheits- und Einzelaktionärs. Durch die sich aus der Konzentration ergebenden vielfachen Umgehungsmöglichkeiten gesetzlicher und statutarischer Bestimmungen wird selbstverständlich auch die Gefahr von Schädigungen der Minderheit gesteigert. Der *«Mißbrauch der Konzerngewalt»* nimmt denn auch in allen Abhandlungen, welche sich mit Problemen der Unternehmenszusammenfassungen beschäftigen, einen großen Platz ein⁴¹. Die Konzerngewalt ist die gefährlichste und wirkungsvollste Unterart der Machtstellung des Majoritätsinhabers überhaupt. Während aber die Großaktionäre einer einzelnen Gesellschaft wenigstens insoweit mit den andern Aktionären einig gehen, als beider Interesse in der Regel auf die gedeihliche Entwicklung der Gesellschaft gerichtet ist, treten bei Unternehmenszusammenfassungen diesen einzelgesellschaftlichen Interessen außergesellschaftliche Konzerninteressen gegenüber. Die Gefahr der Schädigung der einzelnen Gesellschaft und ihrer Aktionäre zugunsten einer Konzerngesellschaft wächst dabei in dem Maße, als die Großaktionäre interessenmäßig bei beiden Gesellschaften gebunden sind. Es handelt sich also in diesem Falle nicht mehr allein darum, wie weit aktienrechtlich eine Minderheit ihre Ansicht gegenüber der Minderheit vom Standpunkt der Einzelgesellschaft aus durchsetzen darf, sondern darum, inwieweit eine Gesellschaft, welche Glied einer höheren Einheit ist, ungeachtet ihrer eigenen tatsächlichen Interessen oder der Minderheitsinteressen wirtschaftlich besonders gerichteten Zielen der Zentralgewalt dienstbar gemacht werden darf. Mit dem Schlagwort *«Gemeinnutz geht vor Eigennutz»* kann der Vorrang des sog. *«Konzernwohls»*⁴² jedenfalls nicht gerechtfertigt werden, da eine solche Vorzugsstellung des Konzerninteresses auf keinen Fall eine rechtliche Grundlage fände⁴³. Vielmehr muß bei der Abwägung der beiden Interessensphären auf das Interesse der rechtlich selbständigen Einzelgesellschaft abgestellt werden.

Alle Gefahren, die mit dem Vorliegen einer einzelgesellschaftlichen Machtstellung schon notwendigerweise verbunden sind, sind also auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen und ins-

⁴¹ Vgl. dazu etwa W. v. Steiger 263 a ff.; Joß 132 ff.; Rasch 99 ff., insbes. 128 ff. (Zusammenstellung der Literatur bei Rasch 341/42).

⁴² Vgl. Fischer in ZHK 103 (1936) 1 ff., insbes. 23 ff.; Ring/Schachian 471 ff.; Bergier (zit. vorne 190, Anm. 296) 80 ff.

⁴³ Ebenso Trumpler 179/80.

besondere des Konzernrechts vervielfacht. Diesem *erhöhten Gefahrenmoment* steht aber keine bessere Orientierung des Minderheitsaktionärs gegenüber — im Gegenteil, dieser steht noch viel mehr vor einem undurchsichtigen Vorhang, hinter dem sich alles mögliche abspielen kann. Er hat umso weniger Anhaltspunkte, als sich die Konzernherrschaft regelmäßig formlos abspielt und nur in mündlichen und schriftlichen Anweisungen, in «Empfehlungen» oder «Ersuchen» der herrschenden Gesellschaft an die geschäftsführenden Organe der abhängigen Gesellschaft besteht. Die nicht der Verwaltungspartei angehörenden Klein- und Minderheitsaktionäre von herrschenden oder beherrschten Gesellschaften sind somit gleichsam «Aktionäre zweiten Grades»⁴⁴. Die den Aktionären normalerweise zustehenden Mitverwaltungsrechte werden unter solchen Verhältnissen mehr oder weniger abgebaut, da die entscheidenden Beschlüsse in die abhängige oder in die herrschende Gesellschaft, m.a.W. immer in jene Gesellschaft verlegt werden, in welcher keine Opposition zu fürchten ist und die letzten Endes geschädigten Aktionäre kein Mitspracherecht haben. Zudem sind auch die Vermögensrechte der Minderheitsaktionäre völlig von den Geschehnissen in den angeschlossenen Gesellschaften, auf welche sie keinen Einfluß ausüben und die sie nicht kontrollieren können, abhängig. Die Gründung von Tochtergesellschaften, das Bestehen einseitiger und gegenseitiger Beziehungen durch das Mittel der Personalunion der Verwaltungen, der Abschluß von Beherrschungsverträgen und was der Mittel zur Bildung von Gesellschaftsverflechtungen und -verschachtelungen noch mehr sind, stellen deshalb in der Praxis das beliebteste Mittel zur Umgehung von gesetzlichen Vorschriften und im besonderen den *Hauptfall einer Umgehung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht* dar⁴⁵.

2. Publizitätsprobleme in Koordinationsverhältnissen, insbesondere die Kartellpublizität

Die vorstehend aufgezeigten Gefahren einer mangelnden aktienrechtlichen Publizität bestehen vor allem in Subordinationsverhältnissen, für welche der Konzern der prägnanteste Ausdruck ist. Sie sind aber auch in straff organisierten Koordinationsverhältnissen anzutreffen, denn auch hier muß oft im Interesse der höheren Gemeinschaft das Eigeninteresse der einzelnen Unternehmen geopfert werden. Die

⁴⁴ Siegwart, Einl. N. 155.

⁴⁵ Ebenso Lehner 100, Anm. 20; Klein 77; Müller-Erbach, Umgestaltung, 3.

Gesetzgebung der meisten Staaten hat in diesem Zusammenhang vor allem Auswüchse der Kartellbildung zu bekämpfen versucht. Die einzelnen Staaten haben dabei von den verschiedensten Mitteln Gebrauch gemacht. Einer ersten Periode völliger Ablehnung der Kartelle, welche durch Kartellverbote gekennzeichnet ist⁴⁶, folgte eine Periode der teilweisen und vollständigen Anerkennung der Kartelle unter Vorbehalt der Innehaltung bestimmter staatlicher Vorschriften. Die Kartelle werden damit der staatlichen Kontrolle unterstellt, was in den einzelnen Ländern den Erlaß von besonderen Kartellgesetzen notwendig machte⁴⁷. In neuerer Zeit hat sich die Stellungnahme des Staates zu den Kartellen teilweise grundlegend verändert. Der Staat greift selbst zur Kartellbildung als einem Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik; es beginnt die Periode der Zwangskartelle und der Allgemeinverbindlicherklärung⁴⁸.

In der *Schweiz* waren bisher noch keine nennenswerte Ansätze zu einer staatlichen Kartellpolitik vorhanden, trotzdem auch in unserem Land eine recht ansehnliche Zahl zum Teil sehr gut und straff organisierter Kartelle besteht, welche sehr oft mit den stark verbreiteten Berufs- und Gewerbeverbänden identisch sind⁴⁹. Die wirtschaftliche Entwicklung, erschüttert durch Krisen- und Kriegsjahre, machte aber auch in der Schweiz den Erlaß von einzelnen kartellpolitischen Maßnahmen und verschiedene Eingriffe in die freie Marktwirtschaft notwendig⁵⁰. Da diese Eingriffe im Widerspruch zu dem in der Bundesverfassung enthaltenen Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV), welcher die Nichteinmischung des Staates in die Wirtschaft statuiert, standen, erging — auch gefördert durch die wachsende Kartellierung — immer mehr der Ruf nach einer Revision der Verfassung. Die in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 angenommenen revidierten Wirtschaftsartikel ermächtigten nun den Bund, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen...

⁴⁶ So vor allem die Sherman Act von 1890 in den Vereinigten Staaten, vgl. Eggmann 3 ff. Zur Praxis des amerikanischen Antitrustrechts, SJZ 45 (1949) 17 ff.

⁴⁷ So vor allem die KVO von 1923 in Deutschland, vgl. Eggmann 11 ff. Neue Wege geht ein Gesetzesentwurf der französischen Regierung, vgl. NZZ, Nr. 1123 vom 28. Mai 1950.

⁴⁸ Vgl. Eggmann 31 ff.

⁴⁹ Vgl. zu den Verhältnissen in der Schweiz, Eggmann 55 ff. und Marbach, Fritz: Ueber das Kartell und die Kartellierung in der Schweiz, Bern 1937, insbes. 19 ff., 34 ff., 123 ff., 183 ff. Ein Beispiel in NZZ, Nr. 1745 und 1747 vom 29. August 1949 (Textilindustrie).

⁵⁰ So etwa Maßnahmen im Zusammenhang mit der Preisüberwachung (Einsatzung einer Preisbildungskommission) und direkte staatliche Interventionen zugunsten notleidender Wirtschaftszweige, vgl. Eggmann 62/4.

gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen» (Art. 31bis III lit. d BV). Damit ist in der Verfassung der rechtliche Ausgangspunkt für eine staatliche Kartellpolitik auch in der Schweiz festgelegt worden.

In jenen Ländern, welche bereits kartellrechtliche Vorschriften in ihre Gesetzgebung aufgenommen haben, wurde von allem Anfang an hauptsächlich auf eine *Förderung der Kartellpublizität*⁵¹ hingewirkt. Eine vermehrte Publizität kann an sich schon ein wirksames Mittel darstellen, die Kartelle von einem Mißbrauch ihrer Macht abzuhalten und zu einer maßvollen Politik zu verpflichten. Zur Erzielung einer erhöhten Kartellpublizität stehen dem Staat eine Reihe von Maßnahmen zur Verfügung, darunter vor allem die Verpflichtung zu öffentlicher Berichterstattung und Rechnungslegung, die periodische Untersuchung des Kartellwesens und dauernde Beaufsichtigung der einzelnen Kartelle durch den Staat selbst oder Schaffung eines Kartellregisters⁵². Der gleichen Notwendigkeit wie diese weitgehende Publizität gegenüber der Öffentlichkeit entspringt auch das Postulat einer aktienrechtlichen Publizität in den einem Kartell oder ähnlichen Verbänden angeschlossenen Aktienunternehmungen bzw. -gesellschaften über ihre Bindung zu dieser Gemeinschaft. Diese Bindung kann sehr oft so eng sein, daß daraus ein sehr weitgehender Einfluß auf Vermögenslage und Geschäftsführung der betreffenden AG entsteht. Der deutsche Gesetzgeber verpflichtete daher die Aktiengesellschaften schon in der Notverordnung von 1931 zu Angaben über... «die Zugehörigkeit der Gesellschaft zu preis- und absatzregelnden Verbänden, Konventionen und ähnlichen Bindungen» (§ 260 a III Ziff. 7 HGB), welche Vorschrift vom neuen Aktiengesetz wörtlich übernommen wurde (§ 128 II Ziff. 9 DAG). Unter diese Bestimmung fallen alle Verbindungen, deren Zweck die Regelung der Preise oder des Absatzes ist, also vor allem Kartelle, Syndikate und Trusts. Dabei ist die bloße Angabe, die Gesellschaft gehöre Kartellen an, selbstverständlich nicht ausreichend; die betreffenden Verbände müssen vielmehr namentlich angeführt werden⁵³. Ob eine nur in diesem Rahmen bestehende Aufschlußpflicht für eine genügende Orientierung der Aktionäre ausreicht, dürfte allerdings mehr als zweifelhaft erscheinen, so daß sich selbst unter diesen günstigen Voraussetzungen auch für Koordinationsverhältnisse weitere Publizitätsmaßnahmen aufdrängen.

⁵¹ Vgl. dazu eingehend Eggmann 183.

⁵² Vgl. dazu auch die Postulate von Gysin 426.

⁵³ Vgl. Pinner, Anm. 21 zu § 260 a HGB und Schlegelberger/Quassowski, Anm. 17 zu § 128 DAG; noch weitergehend Gadow, Anm. 14 zu § 128 DAG.

Das *Ergebnis der Untersuchung über das Ausmaß der aktienrechtlichen Publizität in Unternehmenszusammenfassungen* ist somit enttäuschend. In der Praxis sind die einzelnen Gesellschaften größtenteils bestrebt, ihre gegenseitigen Beziehungen sowie die Beziehungen zur höheren Einheit zu verdecken, und sie üben deshalb eine Publizität, welche kaum den bescheidensten Anforderungen zu genügen vermag. Sie werden darin vom Gesetzgeber unterstützt, der es — wenigstens in der Schweiz — unterlassen hat, für das Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen besondere Publizitätspflichten vorzuschreiben. Diese Passivität des schweizerischen Gesetzgebers ist allerdings nicht so unverständlich, wie es vorerst erscheinen mag. Abgesehen vom Mangel, der allen gesetzlichen, notwendigerweise schematischen Offenlegungsvorschriften anhaftet, könnte sich etwa eine Rechtspflicht zur detaillierten, schriftlichen Aufführung aller Beteiligungen im Geschäftsbericht im internationalen Konkurrenzkampf sehr ungünstig auswirken⁵⁴. Der schweizerische Gesetzgeber konnte den Erlaß solcher teilweise zweischneidiger Vorschriften umso eher unterlassen, als er dem Aktionär in Art. 697 ein *Recht auf Auskunftserteilung* zur Verfügung gestellt hat. Auf diesem Wege wird es möglich sein, die notwendigen Aufschlüsse etwas weniger auffällig zu erhalten, wozu für die Gesellschaft als Sicherheitsventil noch das Verweigerungsrecht tritt, wenn der verlangte Aufschluß ihre Interessen gefährden würde. Trotzdem sollten die schriftlichen Publizitätsmittel, insbesondere die Bilanz genügend detailliert sein, um zusammen mit eventuellen erläuternden Ergänzungen im Geschäftsbericht den Aktionären einen gewissen Einblick in die Art und Zusammensetzung der Beteiligungen, in die Art und Weise der bestehenden Abhängigkeit oder Bindung usw. zu geben⁵⁵.

Dem einzelnen Aktionär muß aber zusätzlich noch die Möglichkeit gegeben werden, über alle ihn interessierenden Fragen in bezug auf die Abhängigkeit oder Bindung seiner Gesellschaft von Subordinations- oder zu Koordinationsverhältnissen, welche er zur Beurteilung der Vermögenslage und der Geschäftsführung der Gesellschaft als notwendig erachtet, Aufschluß zu verlangen, soweit dieser Auf-

⁵⁴ Ebenso W. v. Steiger 566 a und Henggeler in ZSR 62 NF (1943) 568 a ff.

⁵⁵ Ebenso Siegwart, Einl. N 188. Heilbrunn, Geschäftsbericht 163/64, verlangt Angaben über bedeutsame Aenderungen im Konzern, soweit dadurch die Vermögenslage der Gesellschaft beeinträchtigt wird, wie Zusammenbruch von Konzerngesellschaften, Konzerngeschäfte zu Bilanz«verschönerungszwecken» und dergleichen, sowie über Einschränkung und Ausdehnung von Konzernbeziehungen. Zustimmend auch Hug, Revision, 93/4.

schluß die Interessen der Gesellschaft selbst nicht verletzt⁵⁶. Denn die einseitigen und gegenseitigen Beziehungen zwischen verschiedenen Unternehmen sind trotz aller Offenlegungspflichten der beteiligten Gesellschaften schwer kontrollierbar⁵⁷ und nur die Statuierung einer weitgehenden Pflicht zur Auskunftserteilung kann ein mehr oder weniger wirksames Gegengewicht zu allen aus Unternehmenszusammenfassungen entstehenden Gefahren schaffen und diese auf ein erträgliches Maß herabmindern⁵⁸.

III. GRUNDLEGUNG DER AKTIENRECHTLICHEN AUSKUNFTSERTeilUNG IN UNTERNEHMENSZUSAMMENFASSUNGEN

Vorauszuschicken ist, daß der Begriff der Unternehmenszusammenfassung nur dort angewendet werden kann, wo ein *Zusammenschluß rechtlich selbständiger Unternehmen bzw. Gesellschaften* vorliegt. Voraussetzung für die nachstehenden Ausführungen über die Grundlegung einer Aufschlußpflicht innerhalb von auf aktienrechtlicher Grundlage beruhenden Unternehmenszusammenfassungen ist daher stets die *rechtliche Selbständigkeit* der einzelnen Unternehmen bzw. Gesellschaften, denn das Merkmal der Unternehmenszusammenfassung liegt gerade im Weiterbestehen der formell-rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Glieder trotz der tatsächlich bestehenden Abhängigkeit oder Bindung, die zu einer mehr oder weniger weitgehenden wirtschaftlichen Unselbständigkeit führt⁵⁹. Daraus ergibt sich, daß die einer Unternehmenszusammenfassung angehörenden Unternehmen bzw. deren Gesellschaften während ihrer Zugehörigkeit zu einer höheren Einheit als selbständige Rechtsträger mit eigenen Rech-

⁵⁶ Ähnlich W. v. Steiger, 334 a und 567 a, der gerade aus der Ablehnung gesetzlicher Offenlegungspflichten die Notwendigkeit der Aufschlußpflicht nach Art. 697 — durchaus zu Recht — folgert.

⁵⁷ Trumpler 184.

⁵⁸ So bezeichnet Friedländer, 6, die durch die (deutsche) Rechtsprechung begünstigte Beschränkung des «Fragerechts» der Aktionäre als einen der Gründe, welche die wirtschaftliche Konzentration rechtlich förderten. Und Joß, 210, qualifiziert die Offenlegungspflicht der Konzerne als die Rechtssicherungsmöglichkeit, welche alle anderen Garantien zur Verwirklichung des Konzernminderheitenschutzes überrage.

⁵⁹ So durchgehend die maßgebliche Literatur; vgl. auch Siegwart, Einl. N 162. Ebenso für das deutsche Recht: Schlegelberger/Quassowski, Anm. 7 zu § 15 DAG und Dech 40.

ten und Pflichten weiterbestehen und formell auch als solche anerkannt werden müssen. Die wirtschaftliche Einheit hebt somit die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Glieder auf keinen Fall auf⁶⁰. Damit ist zugleich die Ablehnung der sogenannten integralen Einheits- oder Identitätstheorie, welche von Isay⁶¹ begründet wurde, ausgesprochen. Diese Theorie behauptet eine aus der bestehenden wirtschaftlichen Einheit innerhalb von straff organisierten Unternehmenszusammenfassungen herrührende rechtliche Einheit, aus welcher dann bestimmte Folgen abgeleitet werden⁶², die aber einen so weitgehenden Einbruch in das ganze System der Rechtssubjekte als selbständige Träger von Rechten und Pflichten bewirken, daß die integrale Einheitstheorie innerhalb der geltenden Rechtsordnung keinen Platz findet⁶³. Doktrin und Rechtsprechung haben daher die sog. *modifizierte Einheitstheorie* geschaffen, nach welcher die einzelnen Konzernunternehmen bzw. -gesellschaften ihre rechtliche Selbständigkeit grundsätzlich behalten und im Einzelfall jeweils festzustellen ist, inwieweit eine rechtlich einheitliche Behandlung von zusammenhängenden Unternehmen geboten erscheint⁶⁴.

Das grundlegende Merkmal der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Glieder von Unternehmenszusammenfassungen bringt ferner die notwendige *Abgrenzung der konzern- oder kartellmäßigen Zusammenfassung gegenüber Einheitsunternehmen* im strengen, d.h. auch rechtlichen Sinn des Wortes mit sich. Die Auseinanderhaltung von Unternehmens *e i n h e i t* und Unternehmens *z u s a m m e n f a s s u n g* ist eine unbedingte Notwendigkeit, vor allem im Aktienrecht: wird dieser Unterschied nicht wenigstens begrifflich beachtet und

⁶⁰ Die Konzernbildung verdankt ja gerade dem Wunsche, die Möglichkeit zentraler Leitung mehrerer Unternehmen mit der Beibehaltung ihrer rechtlichen Selbständigkeit zu verbinden, ihre Entstehung.

⁶¹ Isay, Robert: Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910, 87 ff. Gegen Isay vor allem Haußmann, Tochtergesellschaft 26 ff. und Grundlegung 92 ff.; Wieland II 381; Rosendorff, Organisation, 34 u.a. Ablehnend auch das Bundesgericht in JT 89 (1941) I 249 ff. (stark gekürzt in BGE 67 II 29); über die Grundsätze des Bundesgerichts im Steuerrecht in bezug auf dieses Problem, vgl. SAG 18 (1945/46) 32 ff. und Kritik an der steuerrechtlichen Einheitstheorie des Bundesgerichtes von A. Wieland in SAG 15 (1942/43) 38 ff. Vgl. allg. zur Einheitstheorie die Uebersichten bei Joß 86 ff., Frankenberg 134 ff. und W. v. Steiger 270 a ff.

⁶² So wären z.B. Verträge zwischen Konzernunternehmen keine echten, sondern Verträge mit sich selbst, also Scheinverträge; die einzelnen abhängigen Gesellschaften untereinander und insbes. im Verhältnis zur Zentralgewalt nicht mehr handlungsfähig usw.

⁶³ W. v. Steiger 272 a.

⁶⁴ Vgl. W. v. Steiger 273 a ff. und Siegwart, Einl. N 164. Diese Theorie ist neuerdings auch vom Bundesgericht ausdrücklich übernommen worden, BGE 72 II 284.

aufrechterhalten, so läßt sich überhaupt keine Lehre von Unternehmenszusammenfassungen mehr durchführen und begründen⁶⁵. Mit dem Unterscheidungsmerkmal der rechtlichen Selbständigkeit ist daher einmal eine *Abgrenzung gegenüber der Fusion* gegeben, welche als eigentumsmäßige Zusammenfassung von zwei oder mehreren Unternehmen zu einem Einheitsunternehmen die Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen bzw. Gesellschaften nach jeder Richtung vernichtet. Die einzelnen, fusionsmäßig zusammengefaßten Unternehmen sind nur noch Teilbetriebe eines einzigen Unternehmens und ihre rechtliche Organisationsform — in unserem Fall die AG als juristische Person — geht unter⁶⁶. Eine Unternehmenszusammenfassung ist ferner auch deutlich zu trennen von einer *Gesellschaft mit Zweigniederlassungen*. Dieser Fall ist dann gegeben, wenn eine einzelne AG ihren Betrieb auf Filialen aufgeteilt hat, wobei eben die Zweigniederlassung mit der Hauptniederlassung nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich eine Einheit — die AG als juristische Person — bildet, und zwar selbst dann, wenn der Zweigniederlassung ein ganz bestimmtes Betriebsvermögen zugeschrieben wurde⁶⁷. Auch in diesem Falle eines rechtlich zusammengefaßten Einheitsunternehmens in einer AG besteht die aktienrechtliche Aufschlußpflicht im allgemeinen, früher umschriebenen Rahmen, und sie erstreckt sich demnach ohne weiteres auch auf jede Zweigniederlassung, welche als Teilbetrieb des von der AG betriebenen Unternehmens nichts anderes als einen, oft sehr wesentlichen Vermögensbestandteil der Gesellschaft bildet, über den nach allgemeinen Grundsätzen gemäß Art. 697 Aufschluß zu erteilen ist⁶⁸.

Bietet in diesen Fällen von Einheitsunternehmen die Ausdehnung der Pflicht zur Auskunftserteilung auf die einzelnen Bestandteile des Unternehmens deshalb keine Schwierigkeiten, weil es sich dabei um eine einzige Gesellschaft handelt, die Aufschlußpflicht somit innerhalb des einzelgesellschaftlichen Rahmens bleibt, so stellt sich das *Problem der Grundlegung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung über Unternehmenszusammenfassungen* ganz anders. Nach den bisher aufgestellten Grundsätzen erstreckt sich das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung wohl über alle Tatsachen, deren Kenntnis zur Beurteilung der gesamten Lage der Gesellschaft notwendig ist, jedoch

⁶⁵ Gysin 372, Anm. 17.

⁶⁶ Vgl. auch vorne 137 ff.

⁶⁷ Vgl. Siegwart, N 9/10 und 14 zu Art. 642; Frankenberg 22/3; F. v. Steiger 302 ff., insbes. 302 unten zur Abgrenzung gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Zum Begriff Siegwart, N 21 ff. zu Art. 642.

⁶⁸ Vgl. auch schon vorne 123.

selbstverständlich nur unter Vorbehalt der Schranken der Auskunftserteilung, als welche früher die Interessen der Gesellschaft, verstanden als subjektive Schranke des Rechtsmißbrauchs und als objektive Schranke des Gesellschaftsgeheimnisses, umschrieben worden sind. Steht somit die Gesellschaft mit Drittpersonen oder anderen Gesellschaften in loser oder enger Beziehung, so kann nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen grundsätzlich wohl Aufschluß über die Auswirkung dieser Beziehungen auf den Status der Gesellschaft selbst, nicht aber über die in Frage stehenden affilierten Dritten oder genauer Drittgesellschaften sowie über deren finanzielle Lage, Geschäftsführung usw. verlangt werden, weil einer solch weitgehenden Offenlegung grundsätzlich die Schranke des absoluten Gesellschaftsgeheimnisses entgegensteht⁶⁹. Diese Lösung erscheint für den Normalfall auch als die einzig mögliche und als absolut richtig. Was aber in Fällen, in denen die Drittgesellschaft so eng mit der in Frage stehenden Hauptgesellschaft verbunden ist, daß ihr Schicksal weitgehend dasjenige der letzteren bestimmt oder wenigstens mitbestimmt, weil diese Drittgesellschaft entweder die andere ganz oder sehr weitgehend beherrscht oder aber umgekehrt im gleichen Maße von ihr abhängig ist? Es ist klar, daß in solchen Fällen, in denen so enge Beziehungen dieser oder jener Art bestehen, daß die beiden Gesellschaften oder mehrere Gesellschaften gleichsam wie kommunizierende Röhren voneinander abhängig sind, die Möglichkeit zur Aufschlußpflicht geschaffen werden muß, weil sonst das ganze Institut der aktienrechtlichen Auskunftserteilung teilweise unvollständig und unwirksam bleiben würde. Der Schluß nach dieser Notwendigkeit einer Ausdehnung der Pflicht zur Auskunftserteilung und damit des Umfanges der Auskunftserteilung ist naheliegend. Schwieriger aber gestaltet sich die Lösung der Frage, auf welcher Grundlage diese Ausdehnung zu bewerkstelligen und zu begründen sei, da es sich — als notwendige Voraussetzung der ganzen Diskussion — bei den einzelnen Gesellschaften eben um rechtlich selbständige juristische Personen handelt, deren Beziehungen an und für sich außerhalb des Gestaltungswillens der einzelnen AG stehen und welche deshalb mit den einzelgesellschaftlichen Vorschriften des Aktienrechts nicht erfaßbar erscheinen. Hier liegt das Problem der Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht in und über Unternehmenszusammenfassungen.

Die Lösung bietet dort hinwiederum keine besonderen Schwierigkeiten, wo sich die Aufschlußpflicht über Unternehmenszusammen-

⁶⁹ Vgl. vorne 156/57.

fassungen aus einem *Beschlußfassungstatbestand* ergibt, der gerade durch die Begründung solcher Beziehungen zwischen einzelnen Gesellschaften bzw. deren Unternehmen geschaffen wird. Ein solcher Beschlußfassungstatbestand liegt einmal dann vor, wenn die Verwaltung zum Abschluß von Verträgen, welche enge und dauernde Beziehungen zu anderen Gesellschaften begründen, von Kartellvereinbarungen oder anderen besonders wichtigen Abkommen nur mit Zustimmung der GV kompetent ist⁷⁰. Mit der vorgeschriebenen Vorlegung des betreffenden Beschlussesantrages ist die Verwaltung nach den allgemeinen Regeln über die Auskunftserteilung verpflichtet, den Aktionären über die Tragweite und Zweckmäßigkeit des Beschlusses bzw. des abzuschließenden Rechtsgeschäftes Aufschluß zu geben. Ferner kann sich die Pflicht zur Auskunftserteilung im Zusammenhang mit einer Statutenänderung ergeben, und zwar immer dann, wenn die Statuten in der Umschreibung des Gegenstandes des Unternehmens nicht schon Beteiligungen an anderen Unternehmen oder die Aufnahme ähnlicher Beziehungen vorgesehen haben. In diesen Fällen handelt es sich um eine Erweiterung des Geschäftsbereiches durch Aufnahme verwandter Gegenstände, die als Statutenänderung nur auf dem Wege der Beschlußfassung durch die GV durchgeführt werden kann (Art. 649). Es ist selbstverständlich, daß die Verwaltung den Aktionären anläßlich dieser Beschlußfassung nach den allgemeinen, früher umschriebenen Regeln Aufschluß zu erteilen hat.

Wie stellt sich die Lösung der Grundlegung einer aktienrechtlichen Aufschlußpflicht in und über Unternehmenszusammenfassungen aber in den anderen, überwiegenden Fällen, in denen kein Beschlußfassungstatbestand als Grundlage der Pflicht zur Auskunftserteilung im allgemeinen Rahmen dient? Als erstes der modernen Aktienrechte hat das *deutsche Aktiengesetz* von 1937 diese Frage durch eine allgemeine gesetzliche Bestimmung gelöst, indem es den einzelnen Aktionär ausdrücklich zu Aufschlußbegehren über Unternehmenszusam-

⁷⁰ Vgl. auch § 256 DAG (Verträge über Gewinngemeinschaften). So wurde z.B. der Interessengemeinschaftsvertrag zwischen den drei bedeutendsten schweizerischen chemischen Unternehmen (Ciba AG, Sandoz AG und J. R. Geigy AG) mit Zustimmung der GV abgeschlossen, vgl. NZZ, Nr. 666 vom 16. April 1946. Vgl. für einen weiteren solchen Beschlußfassungstatbestand und die damit verbundenen Aufschlüsse an die Aktionäre die Interessenverbindung der Nestlé und Anglo-Schweizerischen Holding AG (jetzt Nestlé Alimentana AG) mit der Alimentana AG (jetzt Maggi-Unternehmungen AG) in NZZ, Nr. 2253 und 2137 vom 17. November und 7. Dezember 1947. Zum Problem «Vertragsrecht und Aktienrecht», d.h. zu den Befugnissen der GV in bezug auf den Abschluß von Konzernverträgen, vgl. Rosendorff, Organisation, 53 ff. und Friedländer 287/90.

menfassungen berechtigt⁷¹. § 112 I DAG bestimmt im letzten Satz, daß die Auskunftspflicht sich auch auf die Beziehungen zu einem «Konzernunternehmen» erstrecke. Die Auskunft muß entsprechend der allgemeinen Umschreibung des Auskunftsrechts im deutschen Recht (§ 112 I erster Satz und III DAG)⁷² erteilt werden, wenn der in Frage stehende Tatbestand mit dem Gegenstand der Verhandlung in Zusammenhang steht und der Auskunft nicht überwiegende Belange der Gesellschaft oder eines beteiligten Unternehmens oder der gemeine Nutzen von Volk und Reich entgegenstehen. Der Begriff des Konzerns und des Konzernunternehmens wird in § 15 DAG umschrieben, wobei der Gesetzgeber zwischen Koordinationsverhältnissen (§ 15 I DAG) und Subordinationsverhältnissen (§ 15 II DAG) unterscheidet⁷³.

Das *schweizerische Aktienrecht* bedarf einer solchen ausdrücklichen Bestimmung bei richtiger Auslegung und Anwendung des Gesetzes nicht. Grundlegend für die Begründung einer allgemeinen Pflicht zur Auskunftserteilung in Unternehmenszusammenfassungen ist dabei die Erkenntnis, daß eine als AG organisierte Gesellschaft auch im Rahmen einer irgendwie gearteten Unternehmenszusammenfassung Aktiengesellschaft bleibt. Sie muß daher grundsätzlich genau gleich wie eine nicht gebundene, unabhängige Gesellschaft behandelt werden, und es sind auf sie die spezifisch aktienrechtlichen Vorschriften ohne Abweichung grundsätzlich anzuwenden. Für ihre Anwendung und insbesondere die Anwendung der Schutzbestimmungen zugunsten einer Minderheit und des Einzelaktionärs kann das Bestehen einer höheren Einheit irgendwelcher Form keine Rolle spielen. Die Frage nach der gesetzlichen Grundlage für die Ausdehnung der Pflicht zur Auskunftserteilung über Unternehmenszusammenfassungen kann und muß daher auf Grund der gleichen gesetzlichen Bestimmungen und nach den gleichen Erwägungen, wie sie für das Ausmaß der ordentlichen Auskunftserteilung über einzelgesellschaftliche Vorgänge richtunggebend waren, gelöst werden. Wird dabei in erster Linie wieder von der gesetzlichen Formulierung ausgegangen, so besteht einmal das *Recht auf Auskunftserteilung über «zweifelhafte Ansätze»* (Art. 697 I), worunter vornehmlich Ansätze in den Rechnungsvorlagen — Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung — zu verstehen

⁷¹ Vgl. dazu insbes. Dech 39 ff. Für eine interessante Sonderbestimmung im dänischen Aktienrecht vgl. hinten 277, Anm. 121.

⁷² Ebenso Trumpler 295 und Dech 45.

⁷³ Näheres dazu hinten 269, 273 u. 282, 290.

sind⁷⁴. Damit werden einmal alle jene Beziehungen zu anderen Gesellschaften der Aufschlußpflicht unterstellt, die ihren Niederschlag automatisch und zwingend in den Rechnungsvorlagen finden. Das trifft vor allem auf Beteiligungen zu. Ferner fallen darunter Aufschlüsse über die einzelnen Posten einer Konzernbilanz, sofern eine solche aufgestellt wird⁷⁵.

Dabei braucht die Aufschlußpflicht nun aber nicht stehen zu bleiben. Das Gesetz sanktioniert ja eine Auskunftserteilung — unter Vorbehalt der Schranken jeder aktienrechtlichen Offenlegung — über alle, für die Ausübung des Kontrollrechts erheblichen Tatsachen (Art. 697 III). So gering die Bedeutung des *Begriffs der Erheblichkeit* im Rahmen der ordentlichen einzelgesellschaftlichen Auskunftserteilung war⁷⁶, so wichtig wird dieser Begriff im Recht der Unternehmenszusammenfassungen. Dort handelte es sich um den vom Gesetzgeber vorgesehenen Normalfall der aktienrechtlichen Auskunftserteilung, sodaß sich eine Ausweitung des Begriffs der Erheblichkeit auf alle Tatsachen des Gesellschaftslebens rechtfertigte. Hier aber geht es um die Ausnahme, um eine extensive Interpretation des Gesetzes, sodaß ohne Not nicht vom Gesetzestext abgegangen werden kann. Der Begriff der Erheblichkeit wird damit zum eigentlichen *Kriterium der Aufschlußpflicht über Unternehmenszusammenfassungen*, indem eine Pflicht zur Auskunftserteilung nur dort besteht, wo sich der Tatbestand der Subordination oder Koordination als erheblich für die Beurteilung der Lage der in Frage stehenden Gesellschaft qualifiziert. Weil es sich bei der Auskunftserteilung über Unternehmenszusammenfassungen um die Ausnahme handelt, kann der Begriff der Erheblichkeit jedenfalls nicht umgangen werden im Sinne einer Gleichsetzung mit jeder Art von gesellschaftlicher Verflechtung, wie das vorher bei der einzelgesellschaftlichen Auskunftserteilung möglich war, sondern er muß als Grenze der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht in Unternehmenszusammenfassungen betrachtet und verwendet werden.

Es stellt sich nun weiter die Frage, welche Momente und Faktoren zur Bestimmung des Begriffs der Erheblichkeit auf diesem Sondergebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung dienen können. Dabei muß davon ausgegangen werden, daß man sich, weil das Recht der Unternehmenszusammenfassungen vorwiegend ein *Recht der wirt-*

⁷⁴ Vgl. vorne 106/7.

⁷⁵ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 208.

⁷⁶ Vgl. vorne 197/98.

schaftlichen Erscheinungsformen ist⁷⁷, von den angestammten üblichen Methoden der Begriffsbestimmung, die sich in der Regel in rechtlichen Begriffen erschöpfen, etwas abwenden muß. So wenig die Tatsache der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen bzw. Gesellschaften zur Ablehnung einer aktienrechtlichen Aufschlußpflicht über Unternehmenszusammenfassungen führen kann, so wenig kann im Einzelfall zur Bestimmung des die Pflicht zur Auskunftserteilung involvierenden Begriffs der Erheblichkeit in der Regel auf rechtliche Belange abgestellt werden. Vielmehr muß in erster Linie auf die tatsächlichen Verhältnissen, d.h. auf die *tatsächlich bestehende wirtschaftliche Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit*, die allein Anhaltspunkt und Richtlinie für die effektive Abhängigkeit oder Bindung zu sein vermag, abgestellt werden, weil im Recht der Unternehmenszusammenfassungen in der Regel eben nur das Wirtschaftliche faßbar ist⁷⁸. Hier wirkt sich nun der «Antagonismus zwischen rechtlicher Selbständigkeit und der wirtschaftlichen Abhängigkeit»⁷⁹ trotz Ablehnung der integralen Einheitstheorie doch dahin aus, daß die gegenüber der formellen rechtlichen Selbständigkeit praktisch regelmäßig weitaus bedeutsamere wirtschafts-tatsächliche Unselbständigkeit auch rechtlich relevant wird. Sie begründet daher dort, wo sie, d.h. der *Grad der effektiv bestehenden Abhängigkeit oder Bindung*, erheblich wird, grundsätzlich die Rechtspflicht der aktienrechtlichen Auskunftserteilung.

Dieses vorwiegende Abstellen auf wirtschaftliche Momente darf aber nicht vergessen lassen, daß das Wirtschaftliche in der Regel nur

⁷⁷ Vgl. auch vorne 244, Anm. 13. Damit soll nicht der Schaffung einer neuen Rechtsdisziplin das Wort gesprochen werden. Den im Zusammenhang mit dem Recht der Unternehmenszusammenfassungen oft verwendeten Begriff des «Wirtschaftsrechts» wird man «höchstens als eine gewisse Tönung, eine Art Leitmotiv für die Betonung der Wichtigkeit der Beachtung der wirtschaftlichen Vorgänge auch für die Rechtsbetrachtung ansehen können» (Haußmann, Grundlegung, 19). Vgl. auch Joß 78 und 81.

⁷⁸ Ebenso Leitz 253/54; Netter, Auskunftspflicht, 32; Henggeler, Kontrollrecht, 208. Ferner Haußmann, Grundlegung 19 und Tochtergesellschaft 25 (für die Bestimmung des Begriffs der Tochtergesellschaft bzw. der Abhängigkeit). Im gleichen Sinne die bundesgerichtliche Praxis zum Begriff der Einmann- und Tochtergesellschaft und deren rechtlichen Wirkungen, vgl. BGE 71 II 272 ff. (wirtschaftliche Identität trotz rechtlicher Selbständigkeit) und BGE 72 II 76/7 (Identität «conformément à la réalité économique»); BGE 72 II 275 ff., insbes. 284/86 (zum Vertretungsverbot von Art. 659 V: entscheidend nicht die formale Trennung der Gesellschaften nach Rechtssubjekt und Vermögen, sondern der Grad des Abhängigkeitsverhältnisses; zu dieser Frage auch A. Wieland in SAG 20 (1947/48 57 ff. und 77 ff. und Greuter [zit. vorne 90, Anm. 12] 43 ff.). Ähnlich auch allgemein Wieland II 381, Joß 98 und Trumpler 178.

⁷⁹ Wieland II 380.

die faßbare Auswirkung der rechtlichen Situation ist, die letzten Endes immer entscheidend sein muß, wenn festzustellen ist, inwieweit die einheitliche Behandlung von über- und untergeordneten Gesellschaften geboten erscheint⁸⁰. Diese rechtliche Situation bzw. die sich aus der wirtschaftlichen Gestaltung ergebenden rechtlichen Folgerungen — und das ist das Besondere bei der Erfassung der Unternehmenszusammenfassungen — können aber in der Regel nur in den wirtschaftlichen Auswirkungen erkannt und regelmäßig auch nur nach diesen richtig beurteilt werden⁸¹. Auf andere Weise kann der engen Verquickung von wirtschaftlichen und rechtlichen Faktoren und dem Ubergewicht der ersteren auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen gar nicht Rechnung getragen werden. Was im besonderen die Ausgestaltung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung anbelangt, so wird auf diesem Spezialgebiet der Notwendigkeit eines Zurückgreifens auf die rechtliche Situation jedenfalls damit Genüge getan, daß die im Einzelfall erkannten wirtschaftlichen Momente auf den Rechtsbegriff der Erheblichkeit zurückgeführt werden.

Diesen Begriff im Einzelfall innerhalb des Kriteriums der tatsächlich bestehenden Abhängigkeit oder Bindung zu bestimmen, dient der *Maßstab der sich im konkreten Fall darstellenden Intensität der einseitigen oder gegenseitigen Beziehungen*⁸². Diese wesentliche Abklärung des Intensitätsgrades wird sich vor allem und manchmal ausschließlich der wirtschafts-tatsächlichen Faktoren zu bedienen haben. Soweit in dieser Hinsicht rechtliche Momente zur Abklärung beizutragen vermögen, wird es sich in der Regel — allerdings nur im Sinne einer rudimentären Richtlinie — lediglich um die Anwendung gewisser Rechtsbegriffe zur Bezeichnung des Grades der Abhängigkeit oder Bindung nach den im Einzelfall bestehenden Rechtsverhältnissen

⁸⁰ BGE 72 II 286 und W. v. Steiger 273 a ff.

⁸¹ Man denke an die Entstehung eines Abhängigkeitsverhältnisses durch wirtschaftlichen Druck auf dem Wege der Kreditgewährung (vgl. Düringer/Hachenburg, Anm. 48 zu § 226 HGB) oder an den Fall der außerordentlich häufigen Personalunion (dazu Hofer 32/3; Joß 118/19 und 150 ff.; Ausschuß III 79; Schlegelberger/Quassowski, Anm. 20 zu § 15 DAG; Dech 41; Bulletin 64 (1934/35), 32/3; ferner § 86 II DAG und hinten 277, Anm. 121), wo nur die Tatsache der einheitlichen Leitung und die wirtschafts-tatsächliche Auswirkung — die Verständigung über eine einheitliche Geschäftspolitik — erkenntlich sind (ebenso Joß 119). Ein weiteres Beispiel einer nur rein tatsächlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit bei Joß 120/21.

⁸² Im gleichen Sinne BGE 72 II 275 ff., 285 (vgl. vorne 317, Anm. 78). Ebenso Joß 98, Anm. 17 und Zinke, Walter: Der Stimmrechtsausschuß des Aktionärs in der GV bei Interessenkollision nach schweizer. und deutschem Recht, Diss. Zürich 1939, 62 (zur Umschreibung des Verhältnisses von Mutter- und Tochtergesellschaft).

handeln können⁸³. Dabei kann erfahrungsgemäß *cum grano salis* etwa auf der folgenden Gliederung aufgebaut werden: Besteht die betreffende Unternehmenszusammenfassung in der «rechtlichen» Form des Trusts, Konzerns oder einer Holdinggesellschaft, so wird in der Regel die aktienrechtliche Aufschlußpflicht dem Grundsatz nach bejaht werden müssen, weil diese Konzentrationsformen die einzelnen Unternehmen bzw. Gesellschaften in ihrer tatsächlichen wirtschaftlichen Selbständigkeit am weitestgehendsten einschränken. Handelt es sich dagegen bei der Unternehmenszusammenfassung um eine solche in der Form der «lose gefügten Verbindungen mehrerer Gesellschaften»⁸⁴, wie sie sich bei Interessengemeinschaften, Konsortien, Poolverträgen, Kartellen und Syndikaten ergeben, so wird die Intensität der Abhängigkeit bzw. Bindung in der Regel eine geringere sein und deshalb eine aktienrechtliche Aufschlußpflicht grundsätzlich zu verneinen sein. In allen diesen Fällen sind selbstverständlich *Abstufungen* möglich. Diese Abstufungen im einzelnen zu erkennen und darzustellen und danach Stellung zur grundsätzlichen Bejahung oder Ablehnung einer aktienrechtlichen Aufschlußpflicht im Einzelfall zu nehmen sowie die praktische Ausgestaltung der Auskunftserteilung dem Umfang nach zu umschreiben, wird Aufgabe der folgenden Ausführungen sein. Dabei ist die Unterscheidung von Subordinations- und Koordinationsverhältnissen entscheidend⁸⁵.

IV. DIE AUSGESTALTUNG DER AUSKUNFTSERTEILUNG

1. Die Auskunftserteilung in Subordinationsverhältnissen

Die Notwendigkeit der Ausgestaltung einer Aufschlußpflicht besteht nach den früheren Ausführungen vor allem in Subordinations-

⁸³ Diese Begriffe werden allerdings oft sehr vieldeutig verwendet. Vgl. z.B. zum für das schweizerische Recht wichtigen Begriff der Holdinggesellschaft u.a. Curti (zit. vorne 248, Anm. 27) 220 ff.; Liefmann, Robert: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, Jena 1923; Haußmann, Fritz: Holdinggesellschaften, Investmenttrusts und verwandte Gebilde, ZHK 96 (1931) 369 ff. und 97 (1932) 1 ff.; W. v. Steiger 240 a ff.; Schucany, N 9 zu Art. 671; Siegwart, Einl. N 152/53. In dieser Arbeit soll der Begriff im engeren Sinne, als Kontrollgesellschaft, verstanden werden.

⁸⁴ Wieland II 375/76.

⁸⁵ Mit der Wahl des Merkmals der tatsächlich bestehenden Abhängigkeit bzw. Bindung als Ausgangspunkt für die Grundlegung der aktienrechtlichen Auskunftserteilung in Unternehmenszusammenfassungen und der entsprechenden Einteilung des Stoffes in Subordinations- und Koordinationsverhältnisse erübrigt sich die

verhältnissen, weil dort die Gefahren des Mißbrauchs am größten sind. Merkmal des Subordinationsverhältnisses ist das Beherrschungs- bzw. Abhängigkeitsmoment. Dieser *Begriff der Abhängigkeit* ist vorerst genauer zu bestimmen.

Es können drei Hauptformen der Abhängigkeit voneinander unterschieden werden. Die stärkste Abhängigkeitsform ist die *stimmenmäßige Abhängigkeit*⁸⁶, die auf der in der AG entscheidenden Ausnutzung der Stimmenmacht in der GV beruht. Sie wird, neben bloßem Aktienbesitz, besonders durch Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien, Abschluß von Stimmbindungsverträgen, Anerkennung der Legitimationszession usw. gefördert und erreicht. Eine zufällige Stimmenmehrheit vermag natürlich noch keine eigentliche Abhängigkeit zu schaffen; eine solche liegt erst vor, wenn diese Stimmenmacht auf die Dauer ausgeübt wird. Die *vertragsmäßige oder obligatorische Abhängigkeit*⁸⁷ beruht anderseits auf obligatorischen Verträgen, die Beherrschungs- oder Konzernverträge genannt werden können und zum größten Teil eine direkte Beeinflussung der Geschäftsführung der subordinierten Gesellschaft zum Inhalt haben, mögen sie nun als Unternehmenspacht-, Betriebsführungs-, Betriebsüberlassungs-, Verwaltungs-, Arbeits-, Gestions-, Indienststellungs- oder allgemein auch als Interessengemeinschaftsverträge bezeichnet werden⁸⁸. Abhängigkeit kann in diesen Fällen von vertraglichen Beziehungen aber erst dann angenommen werden, wenn der Inhalt der Verträge auf eine Beeinflussung der subordinierten Gesellschaft in lebenswichtigen Funktionen in auf die Dauer bestimmter Weise geht. Die *organisatorische Abhängigkeit*⁸⁹ schließlich wird durch Bestimmungen in den Statuten begründet, indem der herrschenden Gesellschaft unmittelbare Einflußrechte auf die Organisation der abhängigen Gesellschaft statutarisch eingeräumt werden.

formale Trennung von Konzern- und Kartellrecht, die bei einer Untersuchung nach dem Gesichtspunkt der rechtlichen Gestaltungsformen und der wirtschaftlichen Zweckrichtung nicht zu vermeiden gewesen wäre.

⁸⁶ Frankenberg 43 ff., W. v. Steiger 291 a/93 a.

⁸⁷ Frankenberg 75 ff., W. v. Steiger 293 a ff.

⁸⁸ Vgl. dazu Friedländer 321 ff., Ring/Schachian 441 ff. und Frowein, Abraham: Knebelungsverträge bei juristischen Personen, Diss. Bonn 1927. Ferner Klingler, Louis: Die Unternehmenspacht, Diss. Zürich 1943; dazu auch Dech 41. Der Begriff der Interessengemeinschaft wird in der Literatur in überaus vieldeutiger Beziehung verwendet. Obwohl die Interessengemeinschaft eigentlich primär Koordinationsverhältnis ist (vgl. hinten 279 ff.), führt sie sehr oft in Verbindung mit anderen Konzentrationsformen zu einer sehr intensiven Abhängigkeit. Beispiele von Interessengemeinschaftsverträgen mit Rechtsgutachten bei Rosendorff, Organisation, 120 ff.

⁸⁹ Frankenberg 102 ff., W. v. Steiger 293 a ff.

Diese drei Hauptformen der Abhängigkeit bilden die Grundlage für die Entstehung eines Subordinationsverhältnisses. Sie kommen in der Praxis natürlich vielfach kombiniert vor, vermögen aber auch einzeln schon eine weitgehende Abhängigkeit zu gewährleisten. Nicht wesentlich ist, ob der zur Abhängigkeit führende Einfluß der herrschenden Gesellschaft mittelbar oder unmittelbar ausgeübt wird; entscheidend ist letzten Endes nur die *Intensität der Beeinflussung bzw. der Abhängigkeit*⁹⁰, welche im Sinne der vorstehenden Erwägungen festzustellen ist. Dabei können trotz der vorwiegenden Beachtung der wirtschaftstatsächlichen Verhältnisse doch nur solche Faktoren eine rechtlich relevante Abhängigkeit begründen, welche zu rechtlich durchsetzbaren Bindungen und Verpflichtungen geführt haben⁹¹.

Einen allgemeingültigen Begriff der Abhängigkeit aufzustellen, erscheint in Anbetracht der mannigfaltigen wirtschaftlichen und rechtlichen Gestaltungsformen unmöglich. Dagegen mag eine Umschreibung und eine Bestimmung seiner Grenzen versucht werden. Was den *Intensitätsgrad des Zusammenschlusses* anbetrifft, so sind natürlich die verschiedensten Abstufungen vom einfachen Kontrollrecht bis zur maßgeblichen Beherrschung möglich. Dabei ist vorerst bedeutsam, ob die Kontrolle oder Beherrschung sich auf das ganze Unternehmen oder nur auf Teile desselben erstreckt⁹². Allgemein ist zu sagen, daß die sich praktisch am wenigsten auswirkende Abhängigkeit diejenige infolge von Darlehensgewährung, Bürgschaften, Garantieübernahmen usw. ist; diese Verhältnisse entstehen, weil die Vertragspartner wirtschaftlich ungleich stark sind und sich der stärkere begreifliche Kontrollkompetenzen vertraglich ausbedingt. Von dieser unteren Stufe der Abhängigkeit führt der Weg über die Abhängigkeitsformen auf Grund von einseitigen Dauerlieferungsverträgen, Arbeitsverträgen, wirtschaftlich einseitigen Interessengemeinschaften, der Organstellenbesetzung und organisatorischer Abhängigkeitsbestimmungen in den Statuten in intensitätssteigerndem Maße bis zur praktisch wichtigsten Abhängigkeit auf Grund maßgeblicher Beteiligung. Diese kann in einer einflußsichernden Minderheitsbeteiligung, in durch Konsortialvereinbarungen verstärkten Minderheitenbeteiligungen oder in einfachen und qualifizierten Mehrheitsbeteiligungen bestehen⁹³. Neben

⁹⁰ Ebenso Leitz 255 und BGE 72 II 285.

⁹¹ W. v. Steiger 290 a.

⁹² Letzteres die sog. Partial- oder Teilgemeinschaften (vgl. Naegeli I 242 ff.).

⁹³ Dabei genügen oft größere oder kleinere Bruchteile der effektiv notwendigen Mehrheit zur Beherrschung, weil die Minderheitsgruppen sich in der Regel nicht zusammenschließen und viele Einzelaktionäre der GV oft fernbleiben; ebenso Siegwart, Einl. N 154.

diesen Grundformen von mehr oder weniger intensiven Abhängigkeitsverhältnissen kennt die Praxis natürlich noch die verschiedensten Kombinationsformen; die eben umschriebenen Abhängigkeitsformen können deshalb meist nur als Indiz für das Vorliegen einer schwachen oder intensiven Abhängigkeit gewertet werden.

Zum Beherrschen ist immer eine Willensbeeinflussung erforderlich. Diese Möglichkeit der Beeinflussung einer Gesellschaft durch eine andere muß aber nicht nur einen bestimmten Intensitätsgrad erreichen, um eine tatsächlich relevante Abhängigkeit zu bewirken, sondern sie muß vor allem gegenständlich zweckmäßig gerichtet sein. Damit ergibt sich als *untere Grenze der Abhängigkeit*, daß ein Einfluß immer dann beherrschend ist, wenn die herrschende Gesellschaft der subordinierten Gesellschaft ihren Willen in den für eine AG lebenswichtigen Funktionen, insbesondere in den den Erwerbs-, Vermögens- und Geschäftsführungszweck betreffenden Funktionen, mittelbar oder unmittelbar aufzwingen kann⁹⁴. In ähnlicher Weise hat auch die *deutsche Gesetzgebung* den Begriff der abhängigen Gesellschaft umschrieben, als welche eine Gesellschaft bezeichnet wird, die auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer andern Gesellschaft steht⁹⁵. Diese Umschreibung übernahm auch das Aktiengesetz von 1937 für die Begriffsbestimmung des subordinierten Konzerns (§ 15 II DAG). Unerheblich ist dabei, wie dieser ausschlaggebende Begriff des beherrschenden Einflusses zustande gekommen ist, insbesondere ob er auf die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft oder von außen her auf die Geschicke der Gesellschaft einzuwirken vermag⁹⁶. Das *englische Aktienrecht* faßt dagegen den Begriff der abhängigen Gesellschaft (subsidiary company) enger. Ein Abhängigkeitsverhältnis liegt nach englischem Recht nur vor, wenn eine Gesellschaft 50% des Aktienkapitals oder der Aktienstimmen einer anderen Gesellschaft am Bilanzstichtag besitzt⁹⁷ oder das Recht hat, die Mehrheit der Verwaltungsorgane zu besetzen (s. 127 CA).

⁹⁴ Frankenberg 31 und 38 und W. v. Steiger 290 a. Zur oberen Grenze, d.h. zum zulässigen Maß der Abhängigkeit vgl. Wieland II 377 ff.; Joß 132 ff.; W. v. Steiger 304 a.

⁹⁵ § 226 IV HGB; ebenso schon § 56 III und 86 I D.Entw. 1930. Ähnlich Netter, Auskunftspflicht, 32 («Entscheidender Einfluß»). Zum D.Entw. 1931 vgl. G. Fischer 73/4.

⁹⁶ Vgl. Erl.Bem. zu D.Entw. 1930, 109/10; v. Codin/Wilhelmi, Anm. 9 zu § 15 DAG; Schlegelberger/Quassowski, Anm. 13 zu § 15 DAG; Dech 40/1.

⁹⁷ Ebenso Folliet (zit. vorne 94, Anm. 19), 537, für die Bestimmung des entsprechenden Begriffs der «beherrschenden Gesellschaft».

Diese Umschreibungen lassen aber wesentliche Merkmale eines Abhängigkeitsverhältnisses vermissen. Der Abhängigkeitsbegriff muß für die Grundlegung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht wohl möglichst weit gefaßt, er muß aber ebenso sehr möglichst genau umschrieben werden. Es kann somit ganz allgemein *jede Gesellschaft als abhängig bezeichnet werden, deren Willensbildung sich nicht nur nach den eigenen, einzelgesellschaftlichen Interessen richtet, sondern von außergesellschaftlichen Interessen einer höheren Einheit in den wesentlichen Funktionen maßgeblich und in auf die Dauer bestimmter Weise beeinflußt wird*. Diese Abhängigkeit ist immer dann *erheblich* im Sinne der Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht, wenn die Beziehungen der verschiedenen Gesellschaften so eng sind, daß die Verhältnisse der einen Gesellschaft die Verhältnisse der anderen Gesellschaften fortlaufend und nachdrücklich zu gestalten vermögen⁹⁸. Für diese Erheblichkeit der Abhängigkeit lassen sich im übrigen keine näheren Richtlinien geben. Die Abklärung, ob die Abhängigkeit so intensiv bzw. erheblich ist, um eine Aufschlußpflicht zu rechtfertigen, ist Sache der Auslegung im Einzelfall nach Untersuchung der konkreten Verhältnisse unter Berücksichtigung aller eine Abhängigkeit möglicherweise bewirkender Faktoren⁹⁹.

a) Die Auskunftserteilung in der GV der herrschenden Gesellschaft

Das deutsche Reichsgericht führte in einem Urteil vom 17. Dezember 1926 aus, daß die herrschende Gesellschaft eines Konzerns «nicht unbedingt» verpflichtet sei, über die Vorgänge in der abhängigen Gesellschaft zu berichten, selbst wenn sie sämtliche Anteile der subordinierten Gesellschaft besitze¹⁰⁰. Trotz der vorsichtigen und unverbindlichen Formulierung gelangte das Gericht letzten Endes doch zur Verneinung der Aufschlußpflicht, weil die einzelnen Unternehmen rechtlich selbständig seien¹⁰¹. Das Urteil wurde von der Literatur mit Recht

⁹⁸ Ebenso Lehner 85/7, 99.

⁹⁹ Im gleichen Sinne Ausschuß III 73/4: «Der Gesetzgeber muß die Entscheidung, ob im Einzelfall eine Gesellschaft als abhängige Gesellschaft anzusehen ist, dem Richter überlassen; dieser wird außer der Höhe der Kapitalbeteiligung auch noch andere Umstände zu berücksichtigen haben, nämlich die Verträge und die Verschuldung zwischen den Gesellschaften, ferner den Einfluß der herrschenden Gesellschaft auf die Wahl der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft.»

¹⁰⁰ RGZ 115, 332 ff. insbes. 338.

¹⁰¹ Auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung der Goldmarkbilanzverordnung vom 23. Dezember 1923 bejahte aber das gleiche Gericht am gleichen Tag in einem die gleichen Parteien und tatsächlichen Verhältnisse betreffenden Urteil

angegriffen und dem Reichsgericht der Vorwurf gemacht, es habe mit seinen Erwägungen den wirtschaftlichen Vorgängen nicht genügend Rechnung getragen. Eine Gesellschaft, die von einer anderen völlig beherrscht werde, gehöre zum Verwaltungsgebiet der letzteren; daß dieser Geschäftszweig selbständig organisiert sei, dürfe nicht ausschlaggebend sein¹⁰².

Gerade in diesem ablehnenden Urteil zeigt sich die Gefahr von Irrschlüssen besonders deutlich, wenn allein auf die formelle Rechtslage abgestellt und die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht berücksichtigt werden. Und doch kann auf Grund der letzteren kein Zweifel bestehen, daß herrschende und abhängige Gesellschaft bzw. deren Unternehmen eine *wirtschaftliche Einheit* bilden¹⁰³. Tatsächlich betrachtet, wird das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mittelbar zum Vermögen der beherrschenden Gesellschaft¹⁰⁴, und die Organe der abhängigen Gesellschaft sind nichts anderes als Funktionäre der herrschenden Gesellschaft; der Unterschied gegenüber den Normalverhältnissen ist lediglich ein gradueller. Daraus ergibt sich, daß alles, was seitens der Verwaltung der herrschenden Gesellschaft hinsichtlich der abhängigen Gesellschaft veranlaßt wird und unter ihrem Einfluß dort geschieht, Akte der Geschäftsführung der herrschenden Gesellschaft darstellt. Deshalb müssen die geschäftlichen Vorgänge der abhängigen Gesellschaft und die finanziellen Beziehungen zwischen beiden Gesellschaften der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft in deren GV im gleichen Umfange unterliegen, wie die Auskunftserteilung hinsichtlich der unmittelbar bei der herrschenden Gesellschaft sich abspielenden Vorgänge begründet ist¹⁰⁵.

Diese Ansicht erscheint als selbstverständlich im Falle des Verhältnisses von *Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft*. Unter dieser Bezeichnung sollen im folgenden nur Subordinationsverhältnisse verstanden werden, in denen die abhängige Gesellschaft eine Gründung der herrschenden Gesellschaft ist¹⁰⁶. Regelmäßig wird dabei die Mut-

eine Berichtspflicht der herrschenden Gesellschaft über die Verhältnisse der abhängigen Gesellschaft, vgl. RGZ 115, 345 ff.

¹⁰² So Ring/Schachian 202/3 und Nußbaum, JW 56 (1927) III 2986 ff.

¹⁰³ Die von der abhängigen Gesellschaft vorgespiegelte rechtliche Selbständigkeit stimmt mit der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage nicht überein, sondern ist ein Trugbild (Siegwart, Einl. N 156). Ähnlich Hug, Revision, 26.

¹⁰⁴ Wieland II 383.

¹⁰⁵ Ebenso Netter, Auskunftspflicht, 33; Leitz 253 und 254/55; Ring/Schachian 397; Erl.Bem. zu D.Entw. 1930, 109; Siegwart, Einl. N 186.

¹⁰⁶ Die Begriffe Mutter- und Tochtergesellschaft werden sehr verschiedenartig verwendet. Der Begriff der Tochtergesellschaft wird gleichgesetzt dem Begriff der

tergesellschaft sämtliche Aktien der Tochtergesellschaft besitzen (Einmanngesellschaft) oder zum mindesten mittelbar darüber verfügen. Tochtergesellschaften können zu den verschiedensten Zwecken gegründet werden. Solche Gründungen entspringen hauptsächlich der Absicht, einen bestimmten Betriebszweig des Unternehmens — etwa die Produktion, den Ein- oder Verkauf, die Finanzierung, Patentverwertung, Versicherung, den Transport usw. — auszugliedern und zu «verselbständigen»¹⁰⁷. Neben dem Tatbestand der Abhängigkeit als Tochtergesellschaft führen auch totale Betriebsüberlassungs- und ähnliche Pachtverträge, sowie die umfassende Indienststellung eines Unternehmens als direkte Beherrschungsverhältnisse zu einer *vollständigen Abhängigkeit*. In diesen Fällen einer völligen Beherrschung, welche tatsächlich praktisch dem Tatbestand des Einheitsunternehmens gleichkommen, wäre es absurd, allein auf die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft abzustellen und eine Aufschlußpflicht zu verneinen. Die Abhängigkeit geht hier tatsächlich so weit, daß die abhängige Gesellschaft in wirtschaftlicher Beziehung wie eine Zweigniederlassung behandelt werden muß¹⁰⁸, eine aktienrechtliche Aufschlußpflicht in der GV der herrschenden Gesellschaft somit selbstverständlich ist.

Liegt dagegen nur eine *teilweise Beherrschung bzw. Abhängigkeit* vor, so ist ganz auf ihre Intensität bzw. auf die Erheblichkeit der Beeinflussung abzustellen und unter genauer Würdigung des konkreten Falles sowie unter Berücksichtigung der Gesamtsituation nach den früher gegebenen Richtlinien und Grundsätzen der tatsächliche Grad der Abhängigkeit abzuklären. Erst nach der Feststellung des Intensitätsgrades der einseitigen oder gegenseitigen Beziehungen kann sodann entschieden werden, ob eine erhebliche Abhängigkeit besteht und da-

abhängigen Gesellschaft schlechthin bei Haußmann, Tochtergesellschaft, 22 ff.; Liefmann II 278; Wieland II 374/75; Siegwart, Einl. N 154; Frankenberg 22 und 35 ff.; Schütze, Hans: Die Tochtergesellschaft, Diss. Erlangen 1933, 31 u.a. Passow (Betrieb 109) hat jedoch ganz recht, wenn er bemerkt, es gehöre zum Begriff der Tochtergesellschaft, daß sie von der Muttergesellschaft gegründet, ins Leben gesetzt worden sei (ebenso Capitaine 26 a; Trumpler 185 und Schön, Werner: Konzerngesellschaft und abhängige Gesellschaft, Diss. Erlangen 1936, 3). Die Begriffe Mutter- und Tochtergesellschaft werden in dieser Arbeit nur im engeren Sinne verwendet; für die allgemeine Bezeichnung werden «herrschende Gesellschaft» und «abhängige Gesellschaft» oder ähnliche Ausdrücke, welche klarer sind und keine «genetischen Nebenvorstellungen» (Passow a.a.O.) erwecken, gewählt.

¹⁰⁷ Die sog. «Konzentrationstendenz» bedeutet daher nicht immer Zusammenfassung, sondern anderseits oft auch Zerlegung und Abspaltung. Zu den einzelnen Typen von Tochtergesellschaften vgl. Liefmann II 301/2.

¹⁰⁸ Ebenso Düringer/Hachenburg, Einl. Anm. 136; ähnlich Haußmann, Tochtergesellschaft, 127 und Frankenberg 22.

mit die Aufschlußpflicht begründet wird. Letzten Endes wird diese Tatsachenabklärung Sache des Richters sein¹⁰⁹.

Eine *Pflicht zur Auskunftserteilung in der GV der herrschenden Gesellschaft über die Beziehungen zur abhängigen Gesellschaft und deren Verhältnisse* ist jedenfalls überall dort anzunehmen, wo eine nach den vorstehenden Richtlinien festzustellende *erhebliche Abhängigkeit* besteht. Diese Folgerung ergibt sich aus der Erkenntnis, daß die beiden oder mehreren Gesellschaften bzw. deren Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit darstellen, sodaß eine den Tatsachen entsprechende Beurteilung der Lage der herrschenden Gesellschaft durch die Aktionäre nur möglich ist unter Einbeziehung der entsprechenden Tatbestände der abhängigen Gesellschaft¹¹⁰.

b) Die Auskunftserteilung in der GV der abhängigen Gesellschaft

Von Literatur und Rechtsprechung wurde bis heute immer nur die Aufschlußpflicht der Verwaltung der herrschenden Gesellschaft gegenüber den Aktionären über die Verhältnisse der abhängigen Gesellschaften in Erwägung gezogen. Die Notwendigkeit einer Auskunftserteilung in der GV der abhängigen Gesellschaft über die Verhältnisse der herrschenden Gesellschaft, der höheren Einheit oder der übrigen angeschlossenen und für die Einheit bedeutungsvollen Gesellschaften — soweit deren Verhältnisse von Einfluß auf die Lage der betreffenden abhängigen Gesellschaft sind — ist jedoch nicht minder notwendig¹¹¹. Das neue *deutsche Aktienrecht* verpflichtet daher nicht nur die Verwaltung der herrschenden Gesellschaft, sondern auch diejenige der abhängigen Gesellschaft in durchaus richtiger, konsequenter Durchführung des Schutzgedankens zugunsten der Minderheitsaktionäre zur Auskunftserteilung, indem es allgemein vorschreibt, daß die Auskunftspflicht sich über «Konzernunternehmen» zu erstrecken habe (§ 112 I DAG), wobei als Konzernunternehmen nach der Definition von § 15 II DAG sowohl herrschende als auch abhängige Gesellschaften gelten¹¹².

¹⁰⁹ Ebenso Ausschuß III 73/4, vgl. vorne 270, Anm. 99.

¹¹⁰ Ebenso Dech 43.

¹¹¹ Ebenso Klingler, Theodor: Die Holdinggesellschaft in besonderer Berücksichtigung ihrer aktionären Rechte an der Untergesellschaft, Diss. Freiburg 1928, 54 und Capitaine 63 a: «Une des questions les plus délicates en matière de holding est incontestablement celle de la détermination des droits des actionnaires minoritaires des sociétés contrôlées et de leur protection».

¹¹² Ebenso Schlegelberger/Quassowski, Anm. 22 zu § 15 DAG und Gadow, Anm. 13 zu § 128 DAG.

In einem besonderen Fall einer abhängigen Gesellschaft stellt sich allerdings das Problem der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht in der GV der abhängigen Gesellschaft nicht. Besitzt die herrschende Gesellschaft sämtliche Aktien der abhängigen Gesellschaft, so liegt der Fall einer in konzernrechtlichem Rahmen gebildeten *Einmanngesellschaft* vor¹¹³. Die Einmanngesellschaft hat im Konzernrecht ihr bedeutungsvollstes Anwendungsgebiet gefunden, nachdem sie ihre Bedeutung im Steuerrecht zufolge des Eingreifens des Gesetzgebers weitgehend eingebüßt hatte¹¹⁴. Sie bietet für die Unternehmenkonzentration den großen Vorteil, daß es bei ihr keine Aktionärminderheiten, die ihre Mitverwaltungsrechte und insbesondere ihr Anfechtungsrecht geltend machen könnten, mehr gibt. Es gibt daher auch keine für die Konzernleitung unangenehme Einzelaktionäre, die zum Schutze ihrer Interessen einen Anspruch auf Auskunftserteilung anmelden würden.

Dagegen zeigt sich die Notwendigkeit einer Auskunftserteilung in unüberbietbarer Schärfe *in der GV einer abhängigen Gesellschaft, die nur durch maßgebliche Beteiligung oder andere Beherrschungsformen einer anderen Gesellschaft subordiniert ist*. Hier bestehen noch Minderheitsgruppen von Einzelaktionären, deren Interessen weitgehend gefährdet sein können. Auf dem Rücken dieser freien Aktionäre wird alsdann ausgetragen, was die abhängige Gesellschaft an Rücksichten und Opfern für die herrschende Gesellschaft auf sich nehmen muß¹¹⁵. In stark verflochtenen Konzernen hängt es dabei von ganz unvorsehbaren Zufälligkeiten ab, was das Interesse des Gesamtkonzerns unter diesen oder jenen Voraussetzungen verlangen wird und welche Gesellschaften innerhalb des Konzerns jeweils die Opfer und welche die Begünstigten sein werden¹¹⁶. Die konzernbestimmte Großaktionärgruppe und die Minderheitengruppe der freien Aktionäre stehen sich in diesen Fällen nicht etwa wie Mehrheit und Minderheit in der einzelgesellschaftlichen unabhängigen AG gegenüber. In der nicht verflochtenen Gesellschaft nimmt auch die Mehrheit regelmäßig nur das Interesse der Gesellschaft selbst als Richtlinie ihres Handelns, und es geht in der Hauptsache nur darum, welcher Einfluß — derjenige der Mehrheit oder derjenige der Minderheit — sich durchzusetzen vermag, um die Gesellschaft auf dem ihr richtig erschei-

¹¹³ Vgl. dazu Fehr, Werner: Die Einmanngesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1931, insbes. 90 ff.; Schneebeli, Max H.: Die Einmanngesellschaft (One man Company), Diss. Zürich 1934, insbes. 207 ff.; Siegwart, N 19 ff. zu Art. 625; BGE 71 II 272 ff. und 72 II 76/7.

¹¹⁴ Vgl. Schneebeli a.a.O. 145 ff. und 193 ff.

¹¹⁵ Nell-Breuning 6/7.

¹¹⁶ Siegwart, Einl. N 157.

nenden Wege zu führen. Sobald jedoch in Subordinationsverhältnissen die Interessen der Mehrheitsgruppe fremdbestimmt sind, besteht die Gefahr, daß die Mehrheit die Leitung der Gesellschaft nicht nach dem einzelgesellschaftlichen Eigentuminteresse, sondern nach dem oft in entgegengesetzter Richtung gehenden Konzerninteresse auszurichten versucht¹¹⁷. Solche Verhältnisse können zu Minderheitsausbeutungen und -schädigungen schlimmster Art führen.

Es erscheint aus diesen Gründen als selbstverständlich und notwendig, daß gerade den Aktionären in solchen abhängigen Gesellschaften sämtliche aktienrechtlichen Schutzbestimmungen voll zur Verfügung stehen müssen. Dazu gehört aber auch das Recht auf Auskunftserteilung, das in diesen Fällen ganz *bestimmte Aufgaben* zu erfüllen hat. Erst auf diesem Wege der aktienrechtlichen Auskunftserteilung wird es nämlich den nicht orientierten Minderheitsaktionären einer subordinierten Gesellschaft möglich, irgendwelche von der Verwaltung getroffene Maßnahmen oder beantragte Beschlüsse im Lichte der Gesamtsituation zu erkennen und deren Angemessenheit in jeder Richtung zu erwägen, denn die einzelnen Glieder einer Unternehmenszusammenfassung können — insbesondere bei weitgehender und komplizierter Verflechtung — aus sich selbst heraus als autonome Einheiten gar nicht mehr begriffen werden, sondern nur noch in Beziehung auf die höhere Einheit und im größeren, die ganze Unternehmenszusammenfassung einbeziehenden Zusammenhang¹¹⁸. Auf Grund dieser durch das Aufschlußrecht vermittelten Kenntnisse wird es ihnen dann auch möglich sein, die Notwendigkeit einer Klageerhebung in dieser oder jener Richtung angemessen beurteilen zu können. Die Verwaltung der abhängigen Gesellschaft wird dabei unabhängig von der Meinung der Organe der herrschenden Gesellschaft zur Auskunftserteilung auch über die Verhältnisse der letzteren verpflichtet sein, weil sich diese Pflicht ohne weiteres aus dem einzelgesellschaftlichen Aktienrecht immer dann ergibt, wenn die Abhängigkeit im konkreten Fall eine erhebliche im Sinne der früheren Ausführungen ist.

c) Der Umfang der Auskunftserteilung in Subordinationsverhältnissen

Zusammenfassend gelangt man somit zum Ergebnis, daß in Subordinationsverhältnissen eine aktienrechtliche Aufschlußpflicht

¹¹⁷ Vgl. auch vorne 252.

¹¹⁸ Ähnlich die Konzerndefinition des Reichsfinanzhofes in einem Entscheid vom 30. Januar 1930 (zit. bei Joß 29).

grundsätzlich besteht, weil Subordinationsverhältnisse regelmäßig eine sehr intensive, im Sinne von Art. 697 erhebliche Abhängigkeit bewirken. Diese Abhängigkeitsverhältnisse vernichten oder beschränken die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen subordinierten Unternehmen und damit der Gesellschaften in so weitgehendem Maße, daß dadurch von vornherein eine Pflicht zur Auskunftserteilung begründet wird. Die Aufschlußpflicht entsteht auf jeden Fall dort, wo eine für die gegenseitigen Beziehungen und die gesamte Lage der einzelnen Gesellschaften *erhebliche Abhängigkeit* besteht. In Subordinationsverhältnissen wird die Abhängigkeit selten so wenig erheblich sein, daß man nach Abklärung aller für die Intensität der Abhängigkeit wesentlichen Faktoren zum Schluß kommt, eine aktienrechtliche Aufschlußpflicht bestehe ausnahmsweise nicht. Ist die Pflicht zur Auskunftserteilung aber gegeben, so besteht sie *einerseits in der GV der herrschenden Gesellschaft* gegenüber deren Aktionären in bezug auf die für die berichtende Gesellschaft erheblichen Verhältnisse der abhängigen Gesellschaften sowie *andererseits auch in der GV der einzelnen abhängigen Gesellschaften* gegenüber deren Aktionären in bezug auf die für diese Gesellschaften erheblichen Verhältnisse der herrschenden und allfälliger anderer subordinierter Gesellschaften.

Um diese erheblichen Verhältnisse in ihrer Gesamtheit zu erfassen, muß sich der *Umfang der Auskunftserteilung* auf die Beziehungen zwischen der berichtenden AG und den angegliederten Gesellschaften bzw. deren Unternehmen sowie auf die inneren Verhältnisse dieser Gesellschaften selbst erstrecken. Was die *Auskunftserteilung über die gegenseitigen Beziehungen* anbetrifft, so ist dieser Begriff, um die Offenlegung wirkungsvoll zu gestalten, weit auszulegen¹¹⁹. Es ist somit Aufschluß zu geben, ob konzernmäßige Verflechtungen überhaupt bestehen und mit welchen Unternehmen das Subordinationsverhältnis gebildet wird. Die einzelnen Unternehmen und Gesellschaften sind dabei namentlich zu nennen. Ferner ist die rechtliche und wirtschaftliche Grundlage, auf welcher sich die Beziehungen zwischen den einzelnen Unternehmen und Gesellschaften aufbauen, bekanntzugeben. Es ist deshalb Aufschluß zu geben über die Mittel, durch die das Subordinationsverhältnis hergestellt wird, also z.B. über Art und Umfang einer Beteiligung¹²⁰, über vertragliche Beziehungen wie Gemeinschaftsverträge, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge,

¹¹⁹ Ebenso Dech 43.

¹²⁰ Ebenso Klingler (zit. vorne 273, Anm. 111) 54.

über statutarische Bindungen, über persönliche Verbindungen¹²¹, kurz über alles, was das Konzernverhältnis schafft und gestaltet. Ferner ist über die fortlaufende Entwicklung des Subordinationsverhältnisses, d.h. über die geschäftlichen Beziehungen, den Geschäftsverkehr mit den angegliederten Gesellschaften bzw. deren Unternehmen und über das Ergebnis der Zusammenarbeit zu berichten. Während die Angabe über die Art des Subordinationsverhältnisses der Klarstellung der aktienrechtlichen Beziehungen dient, ist die Offenlegung der geschäftlichen Beziehungen dazu bestimmt, eine Verschleierung der Bilanz sowie eine Schädigung der Aktionäre durch Minderung des Gesellschaftsvermögens und des Reingewinns oder durch Vortäuschung eines Reingewinns zu verhindern. Es ist deshalb über alle wesentlichen Vermögensverschiebungen, insbesondere über Vermögensübertragungen zwecks Regulierung der Bilanz oder zum Ausgleich der Geschäftsergebnisse, zwischen den einzelnen Gesellschaften und die dabei vereinbarten Bedingungen (Kredite, Bürgschaften usw.) sowie über Art und Bedingungen des beidseitigen Geschäftsverkehrs Aufschluß zu erteilen¹²². Auf Einzelheiten erstreckt sich jedoch die Pflicht zur Auskunftserteilung über diese Beziehungen regelmäßig nicht¹²³.

Vor allem aber ist auch — als wesentlicher Bestandteil der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht in Unternehmenszusammenfassungen — *über die inneren Verhältnisse der angegliederten Gesellschaften bzw. Unternehmen* zu berichten und zwar insoweit, als durch die Gestaltung und Veränderung dieser Verhältnisse die Lage der berichtenden Gesellschaft selbst berührt und beeinflußt wird¹²⁴. Wenn die AG befugt

¹²¹ Das dänische Gesetz über Aktiengesellschaften (Nr. 123) vom 15. April 1930 (Z.f.a.i.P.R. 4 [1930] 666 ff.) gesteht in § 56 IV — als ganz vereinzelte Sonderbestimmung und ohne allgemeine Statuierung eines Rechts auf Auskunftserteilung — jedem Aktionär das Recht zu, «in der GV Aufklärung darüber zu erhalten, ob und in welchem Umfange Direktoren oder Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft zugleich Mitglieder der Verwaltung solcher anderer Gesellschaften sind, die entweder mit seiner Gesellschaft in Wettbewerb oder in näherer Geschäftsverbindung stehen» (a.a.O. 682).

¹²² Vgl. Pinner, Anm. 11 zu § 260 a HGB; Schlegelberger/Quassowski, Anm. 16 zu § 128 DAG; v. Godin/Wilhelmi, Anm. 12 zu § 128 DAG; Trumpler 233; Dech 43/4.

¹²³ Capitaine, 79 a, bejaht nur ein Recht des Aktionärs der herrschenden Gesellschaft auf Auskunftserteilung über «renseignements d'ordre général», nicht aber über Bilanzverhältnisse der abhängigen Gesellschaften, weil sich keine Elemente dieser Verhältnisse in der Bilanz der herrschenden Gesellschaft befinden. Diese einschränkende Betrachtungsweise stützt sich nur auf Art. 697 I und ist als zu formell abzulehnen.

¹²⁴ So v. Godin/Wilhelmi, Anm. 12 zu § 128 DAG und Dech 44; ebenso Amtliche Begründung zum DAG (zit. bei v. Godin/Wilhelmi, Anm. 3 zu § 112 DAG); Joß 212; einschränkend Pinner, Anm. 11 zu § 260 a HGB.

ist, in die Geschäftsführung einer anderen Gesellschaft einzugreifen, dann ist sie auch verpflichtet, ihren Aktionären über die inneren Verhältnisse dieser Gesellschaft Mitteilung zu machen, genau so wie die Verwaltung einer abhängigen Gesellschaft zur Auskunftserteilung über die wesentlichen Verhältnisse der herrschenden Gesellschaft oder der anderen affilierten Gesellschaften zu berichten hat. Eine natürliche Grenze bilden dabei allerdings die Kenntnisse und die Informationsmöglichkeit der berichtenden Verwaltung. Dabei ist aber kaum zu befürchten, daß der Verwaltung für diese Aufschlußpflicht keine sachlichen Grundlagen und Tatsachen zur Verfügung stehen, da sich die einzelnen Gesellschaften entweder in den gegenseitigen Organen vertreten lassen oder sich die herrschende Gesellschaft regelmäßig weitgehende Einsichtsrechte in die Bücher und Verhältnisse der abhängigen Gesellschaften ausbedingt¹²⁵. Auf jeden Fall umfaßt die Pflicht zur Auskunftserteilung auch die Verpflichtung, alle Mittel zu erschöpfen, um sich Einblick in die Verhältnisse der anderen Gesellschaften zu verschaffen¹²⁶.

Der Umfang der Auskunftserteilung wird sich im übrigen *allgemein nach den tatsächlichen Abhängigkeits- bzw. Beherrschungsverhältnissen* richten. Die Aufschlüsse haben deshalb dort weiter zu gehen, wo die Abhängigkeit eine große oder vollständige ist, und sie werden dort geringer sein, wo die Abhängigkeit — wenn auch erheblich — so doch nur teilweise ist¹²⁷. *Die aktienrechtliche Auskunftserteilung über Subordinationsverhältnisse* erstreckt sich jedenfalls — immer unter Vorbehalt der früher umschriebenen Schranken jeder aktienrechtlichen Offenlegung — auf alle Tatsachen und Vorgänge, die sich zwischen der berichtenden AG und den angegliederten Gesellschaften einerseits sowie in diesen Gesellschaften andererseits ereignen, soweit diese Tat-

¹²⁵ Vgl. etwa das Beispiel aus dem Elektromontankonzern bei Rosendorff, Organisation, 17.

¹²⁶ Vgl. auch die Regelung von s. 126 IV CA. Zu weit geht aber Siegwart (Einh. N 186), wenn er den Aktionär einer herrschenden Gesellschaft selbst Einsicht in die Bücher einer abhängigen Gesellschaft nehmen lassen will (die amerikanische Rechtsprechung gewährt den Aktionären allerdings dieses einschneidende Recht, vgl. Ballantine 553). Das wäre nur möglich, wenn die herrschende Gesellschaft selbst dieses Recht besitzt und der Aktionär als ihr Vertreter handelt. Nicht zulässig ist es aber auf Grund von Art. 697, weil diese Bestimmung dem Aktionär nur Rechte gegenüber jener Gesellschaft verschafft, der er als Aktionär angehört. Nur der Inhalt des von Art. 697 statuierten Rechtes geht unter bestimmten Voraussetzungen über den Rahmen der einzelnen Gesellschaft hinaus, nicht aber das Recht bzw. dessen Geltendmachung selbst. Darin liegt ja gerade die entscheidende Bedeutung der Ablehnung der integralen Einheits-theorie.

¹²⁷ Ebenso Henggeler, Kontrollrecht, 208/9.

sachen für die Beurteilung der Lage der berichtenden Gesellschaft selbst von erheblicher Bedeutung sind.

2. Die Auskunftserteilung in Koordinationsverhältnissen

Merkmal eines Koordinationsverhältnisses ist das *Bindungselement*. Reine Koordinationsverhältnisse bedeuten einen Zusammenschluß Gleichberechtigter, sodaß in diesen Fällen grundsätzlich keine Abhängigkeits- bzw. Beherrschungsverhältnisse mehr vorliegen. Die Konzentrationsform auf der Grundlage der Koordination bewirkt daher in der Regel keine sehr intensive Bindung der einzelnen Glieder im Gegensatz zu den sehr weitgehenden und starken Abhängigkeitsverhältnissen auf der Grundlage der Subordination. Trotzdem die Möglichkeiten eines Machtmißbrauches in diesen Fällen beschränkter sind und die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen Glieder des Koordinationsverhältnisses viel weniger häufig in erheblichem Maße eingeschränkt wird, kann auch in Koordinationsverhältnissen die Notwendigkeit einer Pflicht zur Auskunftserteilung bestehen. Allerdings kann es sich hier nicht mehr darum handeln, eine Unterscheidung zwischen der Auskunftserteilung in der GV der höhern Einheit und der GV der einzelnen koordinierten Gesellschaften zu treffen, da sich die Rechtsform der AG als Zentralstelle für die Organisation von Koordinationsverhältnissen wenig oder gar nicht eignet. Die aktienrechtliche Aufschlußpflicht wird deshalb nur noch bei jenen Mitgliedern von Koordinationsverhältnissen, die als AG organisiert sind, und nur in bezug auf die Beziehungen zur höhern Einheit sowie zu den angegliederten Unternehmen bedeutsam.

Zu den Koordinationsverhältnissen sind einesteils Konzernrechtszusammenschlüsse und andernteils Kartellrechtszusammenschlüsse zu zählen. Beide Formen von Unternehmenszusammenfassungen sind Zusammenschlüsse auf der Basis der Gleichordnung.

a) Die Auskunftserteilung in konzernrechtlichen Koordinationsverhältnissen

Konzernrechtliche Koordinationsverhältnisse oder Gemeinschaften können durch Vertragsgemeinschaften in der Form von Kompensationslieferungsverträgen, einfachen und qualifizierten (Poolvertrag) Gewinngemeinschaften, Arbeitsgemeinschaften, Interessengemein-

schaften oder Pachtgemeinschaften, durch wechselseitige Organverflechtung und gegenseitige Beteiligungen gebildet werden. Alle diese Koordinationsverhältnisse werden als *Vollgemeinschaften*¹²⁸ bezeichnet und die unter ihnen bestehenden Beziehungen können im Einzelfall sehr wohl von einer Bindung zur Abhängigkeit überführen, insbesondere dort, wo zentrale Interessengemeinschaften mit ständigem Gemeinschaftsorgan oder eine Kombination von Vertragsgemeinschaften und Beteiligungen vorliegen¹²⁹. In allen diesen Fällen sind die Grenzen zwischen Bindung und Abhängigkeit fließend. Ob eine Aufschlußpflicht im konkreten Falle besteht, kann daher nicht allgemein, sondern wieder nur durch eine minutiöse Abklärung der tatsächlich bestehenden Verhältnisse entschieden werden.

Einen noch loseren Zusammenschluß auf dem Gebiete der Koordinationsverhältnisse stellen die sogenannten *Zweckgemeinschaften*¹³⁰ dar. Sie sind an und für sich keine Konzerne mehr, sondern nur einfachste Formen der Vertragsgemeinschaften, stehen aber in bezug auf die rechtlichen Verhältnisse dem Konzernrecht näher als dem Kartellrecht. Diese Zweckgemeinschaften charakterisieren sich dadurch, daß sie nur bestimmte Elemente der wirtschaftlichen Tätigkeit der einzelnen Mitglieder zusammenfassen und gemeinsam durchführen, einzelne Rechte gemeinsam ausnützen oder bestimmte Vermögensteile gemeinschaftlich nutzen, während die Mitglieder im übrigen wirtschaftlich selbständig bleiben. Sie bestehen in der Praxis zur Hauptsache als Verkaufs-, Ausfuhr-, Einkaufs-, Lieferungs-, Vertriebs-, Verarbeitungs-, Produktions-, Patentnutzungs-, Forschungs- oder Transportgemeinschaften; möglich sind selbstverständlich auch noch Zweckgemeinschaften mit anderen Zielen und Kombinationsgebilde.

In diesem Zusammenhang sind noch die praktisch sehr häufigen *Konsortialvereinbarungen* zu nennen. Unter einem Konsortium versteht man eine Vereinigung, bei der der gesellschaftliche Zusammenschluß nur für einzelne bestimmte geschäftliche Zwecke erfolgt, insbesondere zur Durchführung eines oder mehrerer Einzelgeschäfte¹³¹ oder etwas enger «Gesellschaften, die ein bestimmtes gemeinschaftliches Handeln in bezug auf Beteiligungen an Handelsgesellschaften bezwecken»¹³². Die Konsortien stellen somit eine Untergruppe der

¹²⁸ Im Gegensatz zu den Zweckgemeinschaften, vgl. das System Friedländers in seinem Konzernrecht, 33 ff.

¹²⁹ Vgl. auch vorne 267, Anm. 88.

¹³⁰ Vgl. näheres bei Friedländer 262 ff. und Naegeli I 102 ff.

¹³¹ So Düringer/Hachenburg II, 1. Hälfte, 358.

¹³² Naegeli I 184. Zur uneinheitlichen Bezeichnung Naegeli I 184, Anm. 3.

Gelegenheitsgesellschaft dar und sind streng genommen — jedenfalls nicht notwendigerweise — keine Unternehmenszusammenfassungen mehr. Die konsortialen Vereinigungen treten meistens in Form von finanziellen Konsortien (insbesondere Emissions- oder Begebungskonsortien, Uebernahmekonsortien), von Gesellschaftskonsortien und Verwaltungskonsortien auf¹³³. In bezug auf die aktienrechtliche Aufschlußpflicht können hier nur die letzteren interessieren¹³⁴. Sie werden gebildet zum Zwecke der Uebernahme von sogenannten Verwaltungsaktien einer AG, und zwar sowohl der Stimmrechtsaktien (auch Herrschafts- oder Schutzaktien genannt) als auch der Vorratsaktien (Verwertungsaktien)¹³⁵. Sie dienen ganz allgemein zur Stabilisierung der Verwaltungsmacht¹³⁶. Die betreffenden Aktien werden einem Verwaltungskonsortium übergeben, welches in der Regel aus Mitgliedern der Verwaltung der Gesellschaft oder interessierter Gesellschaften besteht und die gemeinsam übernommenen Verwaltungsaktien treuhänderisch für die AG zu verwalten hat. Das deutsche Aktiengesetz enthält eine Sonderbestimmung bezüglich der Aufschlußpflicht über diese Konsortialverhältnisse, indem es im Geschäftsbericht Angaben über «Aktien, die ein Aktionär für Rechnung der Gesellschaft oder abhängiger Unternehmen oder ein abhängiges Unternehmen als Gründer oder Zeichner oder in Ausübung eines Bezugsrechts übernommen hat», sowie über deren Verwertung und die Verwendung des Erlöses verlangt (§ 128 II Ziff. 1 DAG)¹³⁷. Für das schweizerische Aktienrecht wird eine grundsätzliche Pflicht zur Auskunftserteilung in dieser Richtung je nach den Verhältnissen des konkreten Falles ebenfalls zu bejahen sein. In der Regel wird die Stimmkraft der im Konsortium vereinigten Aktien von erheblicher Bedeutung für die Mehrheitsbildung der GV sein — ja oft sogar die Mehrheit selbst verkörpern —, sodaß daher eine aktienrechtliche Aufschlußpflicht über die Bedingungen des Konsortialvertrages, die Mitglieder des Konsortiums, die Verwen-

¹³³ Vgl. dazu im einzelnen Naegeli I 185 ff.

¹³⁴ Die finanziellen Konsortien sind regelmäßig kurz befristete Gelegenheitszusammenschlüsse, welche keine nennenswerte Bindung bewirken und daher auch keine Aufschlußpflicht begründen. Gesellschafterkonsortien (vgl. vorne 57) sind von der AG selbst gänzlich unabhängige Aktionärvereinigungen, sodaß die Gesellschaft über sie selbstverständlich nicht aufschlußpflichtig ist.

¹³⁵ Zu den einzelnen Begriffen Rosendorff, Aktienrecht, 134 ff.; Naegeli I 192, Anm. 2; Schlegelberger/Quassowski, Anm. 1 ff. zu § 51 DAG.

¹³⁶ Vgl. auch Netter, Auskunftspflicht, 33 ff. und Leitz 242/43.

¹³⁷ Zum Umfang der Offenlegungspflicht Schlegelberger/Quassowski, Anm. 9 zu § 128 DAG. Vorher schon ähnlich § 260 a III Ziff. 1 HGB.

derung der Verwaltungsaktien und über etwaige Aenderungen, sowie über die eventuelle Verwertung der Aktien unerlässlich ist¹³⁸.

Das *deutsche Aktiengesetz* statuiert aber auch allgemein für konzernrechtliche Koordinationsverhältnisse eine Auskunftspflicht, indem es zu den Konzernunternehmen, über welche gemäß § 112 I DAG Auskunft zu geben ist, auch rechtlich selbständige Unternehmen zählt, welche auf der Grundlage der Gleichordnung zu wirtschaftlichen Zwecken zusammengefaßt sind (§ 15 I DAG)¹³⁹. Diese Auskunftspflicht gilt allerdings für konzernrechtliche Koordinationsverhältnisse nicht schlechthin; sie wird vielmehr nur begründet, wenn die betreffenden Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind (§ 15 I DAG)¹⁴⁰. Die Auskunftspflicht über konzernrechtliche Koordinationsverhältnisse ist nach deutschem Aktienrecht somit grundsätzlich nur für Vollgemeinschaften anwendbar, soweit diese eine einheitliche Leitung aufweisen, während ihr Zweckgemeinschaften, die wesensgemäß keine einheitliche Leitung besitzen, nicht unterstehen.

Diese rein formelle Unterscheidung erscheint jedoch nicht in allen Fällen angebracht. Auch in Koordinationsverhältnissen ist zum Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht von den gegebenen Tatsachen des Einzelfalles, also von der tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Bindung, auszugehen. Die *Pflicht zur Auskunftserteilung in konzernrechtlichen Koordinationsverhältnissen* besteht somit dort, wo die Zugehörigkeit zu einem Koordinationszusammenschluß eine Bindung bewirkt, die im Hinblick auf die gesamte Lage, insbesondere die Vermögenslage und die Geschäftsführung der betreffenden Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist, wenn also m.a.W. durch die Bindung die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschaft bzw. des Unternehmens erheblich beschränkt wird. Für die Beurteilung der Erheblichkeit ist ebenfalls der Intensitätsgrad der Bindung nach den früheren Ausführungen über Subordinationsverhältnisse maßgebend.

b) Die Auskunftserteilung in kartellrechtlichen Koordinationsverhältnissen

Andererseits ist auch das Kartellrecht auf dem Koordinationsprinzip aufgebaut. Damit gelangen wir zu einem Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen, welches sich — obwohl es hier aus den früher an-

¹³⁸ Ebenso Netter, Auskunftspflicht, 36/7 und Leitz 253.

¹³⁹ Ebenso Schlegelberger/Quassowski, Anm. 16 zu § 128 DAG.

¹⁴⁰ Vgl. Schlegelberger/Quassowski, Anm. 8 zu § 15 DAG und Dech 42.

geführten Gründen zusammen mit konzernrechtlichen Koordinationsverhältnissen behandelt wird — von den übrigen Koordinationsverhältnissen seinem Wesen nach völlig unterscheidet. Dem Kartell und den ihm entsprechenden Organisationsformen ist als wirtschaftliche Zweckrichtung die Marktbeeinflussung oder -beherrschung wesensgemäß. Das wirtschaftliche Ziel des Kartellzusammenschlusses ist daher im Gegensatz zu den Konzernen und konzernähnlichen Zusammenfassungen nach außen gerichtet. Dieses Ziel kann aber wiederum nur erreicht werden, wenn auch nach innen eine gewisse organisatorische Zusammenfassung mit daraus entstehenden bestimmten Pflichten geschaffen wird. Nur diese Wirkung der kartellrechtlichen Organisationsform nach innen ist für die Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht bedeutsam. In den kartellrechtlichen Koordinationsverhältnissen wird nun diese Innenwirkung ebenfalls durch das *Bindungselement*, und zwar am ausgeprägtesten, bestimmt¹⁴¹; von einer Abhängigkeit im früher unbeschriebenen Sinne kann keine Rede mehr sein. Das regelmäßige Fehlen einer vermögensrechtlichen Zusammenfassung läßt die Kartellbildung gegenüber der Konzernbildung zudem als eine wesentlich losere Bindungsform erscheinen. Trotzdem kann auch diese Organisationsform auf die Willensbildung der einzelnen kartellrechtlich gebundenen Gesellschaften einen solch erheblichen Einfluß erlangen, daß damit eine weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Kartellglieder erreicht wird und daraus ein Tatbestand entsteht, welcher die aktienrechtliche Aufschlußpflicht begründet.

Grundlage für das Entstehen der Pflicht zur Auskunftserteilung im Einzelfall ist auch in der kartellrechtlichen Organisation die *Intensität der Bindung* bzw. der Grad der wirtschaftlichen Unselbständigkeit des einzelnen Kartellmitgliedes¹⁴². Diese wird in erster Linie durch die rechtliche Organisationsform des betreffenden Kartells bestimmt; im Gegensatz zum Konzernrecht, wo sich die Rechtsform des Zusammenschlusses der tatsächlichen Ausgestaltung regelmäßig unterordnet, ist hier die rechtliche Form der Organisation von bestimmender Bedeutung für die Intensität der Bindung. Darüber hinaus ergeben sich aus der rechtlichen Organisationsform die beiden ausschlaggebenden Be-

¹⁴¹ Haußmann (Grundlegung 91) stellt der «Konzernabhängigkeit» schlechthin die «Kartellbindung» gegenüber, was insofern ungenau ist, als Konzerne auch auf dem Wege der Koordination gebildet werden können; vgl. auch vorne 245. Anm. 18.

¹⁴² Die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Glieder ist auch im Kartellrecht ungefochtene Voraussetzung.

stimmungsfaktoren der Intensität der Bindung im konkreten Fall und damit die Merkmale für die Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht; der Umfang und Wirkungsgrad des Kartellzwanges und der Beschränkung der Austrittsfreiheit.

Die *Organisationsform der Kartelle* richtet sich nach den zu bewältigenden Aufgaben. Wo diese einfach sind, genügen oft nur vertragliche Abmachungen¹⁴³, ohne daß eine besondere Organisation geschaffen werden müßte. Setzt sich ein Kartell aber weitere Ziele, etwa die Kontingentierung der Produktion, so bedarf es einer klar gegliederten Organisation, welche den einzelnen Gliedern einen ganz bestimmten Zuständigkeitsbereich einräumt. Bei Kartellen höherer Ordnung schließlich, welche nach außen handelnd auftreten müssen, wird die Schaffung eines neuen, besonderen Rechtssubjektes notwendig. Die Kartelle sind nun nach schweizerischem Recht grundsätzlich als Gesellschaften bzw. Korporationen zu behandeln; die Auffassung, es handle sich bei den kartellrechtlichen Organisationsformen um Rechtsgebilde eigener Art, welche höchstens gesellschaftsähnlich seien¹⁴⁴, wird von der überwiegenden Meinung der Literatur abgelehnt¹⁴⁵. Die Kartelle sind daher im Zweifel regelmäßig als *einfache Gesellschaften* zu behandeln, welche Gesellschaftsform sich für die Kartellzwecke am besten eignet. Daneben können Kartelle aber auch als Vereine organisiert sein, wenn der Kartellzweck nebensächlich zum vorwiegend idealen Hauptzweck hinzutritt¹⁴⁶.

Das schweizerische Recht stellt der kartellrechtlichen Organisation ferner noch als Rechtsformen mit juristischer Persönlichkeit die *Genossenschaft* und die *GmbH* zur Verfügung¹⁴⁷. Vor allem die erstere hat reiche Verwendung gefunden und empfiehlt sich besonders bei großem Mitgliederbestand, während die GmbH für kleinere Organisationen die geeignetere Rechtsform ist¹⁴⁸. Beide Organisationsmöglichkeiten sind für Kartelle außerordentlich geeignet, weil die Mitglie-

¹⁴³ Etwa über Konditionen, Preise, Absatzgebiete, gemeinsamen Einkauf oder Transport usw.

¹⁴⁴ So Wieland I 455; Schärer 53; Schlatter 33; Grischott, Giachen: Die Entwicklung des Kartellrechts in der Schweiz, Diss. Bern 1931, 44.

¹⁴⁵ Vgl. Flechtheim, Julius: Die rechtliche Organisation der Kartelle, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923, 22 ff.; Gysin 378; Hug, Organisation, 323 ff.; Bieri 20 ff.; Siegwart, N 21/2 zu Art. 530 mit weiteren Literaturangaben.

¹⁴⁶ Egger, N 9 zu Art. 60 ZGB; BGE 51 II 528.

¹⁴⁷ Zu den Kartellrechtsformen ausländischer Rechte vgl. Lütshg 77 ff.; für das schweizerische Recht insbes. Bieri 19 ff.

¹⁴⁸ Die Verwendbarkeit der GmbH für Kartelle war mit ein entscheidender Grund für ihre Einführung in das rev. OR, vgl. Botschaft 69. Ferner ZSR 40 NF (1921) 75 ff.

der zu Nebenleistungen, welche die eigentlichen Kartellpflichten darstellen, verpflichtet werden können (Art. 777 Ziff. 1 und 867 II). Aus eben diesem Grunde sind AG und Kommandit-AG als Einheitsrechtsformen für Kartelle nicht verwendbar¹⁴⁹. Während Kartelle, welche als einfache Gesellschaften organisiert sind, nach außen nicht als Einheit auftreten können, verlangt das Gesetz für die Organisationsformen der GmbH und der Genossenschaft einen bestimmten Grad von Publizität. Um diese beiden Schwierigkeiten zu umgehen, hat die Praxis zur Kombination verschiedener Rechtsformen gegriffen und das Institut der *Doppelgesellschaft* geschaffen¹⁵⁰. Eine Doppelgesellschaft liegt immer dann vor, wenn zwei oder mehrere Personen zwei Gesellschaften bilden und diese zu einem wirtschaftlich einheitlichen Gebilde verschweißen, wobei die eine Gesellschaft als abhängiges geschäftsführendes Organ der andern tätig ist¹⁵¹. Die auf Grund eines Kartellvertrages gebildete einfache Gesellschaft wird in diesem Falle als Grundgesellschaft bezeichnet, auf welcher das Schwergewicht des ganzen Gebildes liegt; die stärkere Organisationsform, die juristische Person, erscheint nur als Hilfsgebilde in der Eigenschaft als Rechtsträger und geschäftsführendes Organ und wird deshalb als Organgesellschaft bezeichnet¹⁵².

Aus der Wahl der rechtlichen Organisationsform ergeben sich nun unmittelbar der Umfang des Kartellzwanges und der Beschränkung der Austrittsfreiheit, welche Faktoren für den Intensitätsgrad der Kartellbindung und damit für die Begründung der Pflicht zur Auskunftserteilung letzten Endes entscheidend sind. Was vorerst den *Kartellzwang* (auch Organisationszwang genannt) anbetrifft, so ist zwischen äußerem und innerem Kartellzwang zu unterscheiden; nur der letztere, der die Sicherung der Organisation und des Zusammenhaltes des

¹⁴⁹ Vgl. zur Frage der Eignung und zu den Vorteilen und Nachteilen der einzelnen Rechtsformen Gysin 386 ff.; Hug, Organisation, 323/25 und besonders eingehend Bieri. Zur AG mit Nebenvertrag Schärer 87 ff.

¹⁵⁰ Vgl. dazu Gysin 398 ff.; Hug, Organisation, 325/26; Siegwart, Vorbem. N 26 ff. zu Art. 530—551, mit weiteren Literaturangaben; ausführlich Naegeli.

¹⁵¹ Naegeli I 9.

¹⁵² Als Organgesellschaft kann nun selbstverständlich die AG auch Verwendung finden, vgl. Bieri 31 ff. Besondere Probleme in bezug auf die aktienrechtliche Auskunftserteilung werden mit der Doppelgesellschaft jedoch nicht aufgeworfen, da die Organgesellschaft ihre Tätigkeit in völliger Abhängigkeit vom Willen der Kartellgemeinschaft ausübt und keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgt. Das Anwendungsgebiet der Doppelgesellschaft ist im übrigen selbstverständlich nicht auf das Kartellrecht beschränkt, sondern erstreckt sich über das gesamte Gebiet der Unternehmenszusammenfassungen, vgl. Naegeli I 270 ff.

kollektiven Gebildes bezweckt, kann uns hier interessieren¹⁵³. Trotzdem durch das Kartell in gewissem Sinne eine wirtschaftliche Einheit geschaffen worden ist, bestehen Interessengegensätze und Konkurrenzverhältnisse zwischen den Kartellmitgliedern natürlich weiter. Der Konfliktstoff zu diesen Gegensätzen liegt vor allem in der den Kartellen wesensgemäßen Preispolitik, welche regelmäßig eine Absatzbeschränkung zur Voraussetzung hat¹⁵⁴. Da die Frage des Beitritts zum Kartell für das einzelne Unternehmen eine Rentabilitätsfrage ist, entspringen daher die Konflikte innerhalb und außerhalb des Kartells in der Hauptsache der verschiedenen Bedeutung, welche die kartellmäßige Absatzbeschränkung für das einzelne Unternehmen hat. Dies führt als «Ausdruck des Widerstreits zwischen dem individuellen Konkurrenzwillen und dem kartellkollektiven Zwang, dem das einzelne Mitglied in preislicher Hinsicht unterliegt»¹⁵⁵, zu einer ständigen Qualitätskonkurrenz. Diese Interessengegensätze sind dem Kartell in gewissem Sinne eigentümlich, sie sind endogen, da dieses sie immer wieder aus sich selbst heraus erzeugt, und sie verschärfen sich mit der Intensität der Kartellbindung. Eine schlagkräftige Kartellpolitik erfordert daher vom einzelnen Unternehmer vielfach einen Verzicht auf momentane Vorteile, ein gewisses Aufgeben selbständigen Handelns, eine Unterordnung des Einzelinteresses unter die Interessen der Kartellgemeinschaft. Es kann daher für die Mitglieder die Versuchung entstehen, die Vereinbarungen zu umgehen und sich den Verpflichtungen zu entziehen. Ohne die Erfüllung der Kartellpflichten durch die Mitglieder hat aber das Kartell seine Daseinsberechtigung verloren. Wesentliches Erfordernis, ja Voraussetzung für die Erhaltung des Kartells ist daher die Möglichkeit der Handhabung von Maßnahmen, die dem Kartellmitglied die Umgehung der festgesetzten Vereinbarungen als unvorteilhaft erscheinen lassen. Diesen internen Gefahren, die sich in zentrifugalen Bestrebungen der einzelnen Mitglieder äußern, wird durch die Mittel des *inneren Kartellzwanges* zu begegnen versucht. Diese bestehen einerseits in Sicherungsmitteln zur

¹⁵³ Vgl. Brunner 7/8; Aebi, Anton: Der Kartellzwang nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1946, 8 ff.; Blum, Arno: Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts, Abh. zum Kartellrecht und zur Kartellpolitik, Heft 4, Mannheim 1925, 62 ff. Zum äußeren Kartellzwang Brunner 8 ff. und Aebi a.a.O. 12 ff.; seine Mittel sind insbes. Lieferungs- und Absatzsperrern, kartellmäßige Preisunterbietung (Dumping), Kreditsperre, Ankauf des Außenseiters.

¹⁵⁴ Der besondere Einfluß der Kartelle auf die Preise besteht im wesentlichen darin, daß sie den Absatz begrenzen, um den Preis zu erhöhen; vgl. Aebi a.a.O. 9.

¹⁵⁵ Marbach, Fritz: Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932, 197.

Einhaltung des Kartellvertrages und der Beschlüsse¹⁵⁶ und anderseits — vor allem in straff organisierten Kartellen — in einem wirksamen und teilweise sehr weitgehenden Kontrollsystem, welches über die Einhaltung der Kartellpflichten zu wachen hat¹⁵⁷.

Im Kartellvertrag werden die Kräfteverhältnisse, wie sie bei Eingehung der Kartellbindung bestehen, in den Beteiligungsziffern und, davon ausgehend, in der Vertretung in den Mitgliederversammlungen, Ausschüssen usw. festgelegt¹⁵⁸. Zwischen den einzelnen Mitgliedern besteht daher ein latenter Interessengegensatz im Hinblick auf die Beendigung des Kartells und die damit verbundene Möglichkeit der Erzielung höherer Beteiligungsziffern oder verstärkter Vertretungsrechte beim Abschluß eines neuen Kartellvertrages. Auch dieser Tendenz zur Loslösung muß entgegengewirkt werden. Dieser Sicherung der Erhaltung der Kartellgemeinschaft schlechthin dient die *Beschränkung der Austrittsfreiheit*, deren Stärke einerseits von der gewählten Rechtsform oder anderseits von speziellen Abmachungen und Beschlüssen abhängt. Von diesen letzteren abgesehen, gelten daher nach der gesetzlichen Ordnung für das Kartell in Form der einfachen Gesellschaft die Regeln von Art. 545/46, wovon die Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 545 I Ziff. 7 und II) für das Kartellrecht die wichtigste ist¹⁵⁹. Was das neue Genossenschaftsrecht anbetrifft, so erweist sich dieses auch in dieser Hinsicht als Organisationsform für Kartelle sehr günstig, weil das Recht auf freien Austritt statutarisch weitgehend — jedoch nicht als dauerndes Verbot oder übermäßige Erschwerung (Art. 842 III) — beschränkt werden und damit die Bindung der Mitglieder an das Kartell relativ gesichert werden kann¹⁶⁰. Der Austritt kann von der Bezahlung einer angemessenen Auslösungssumme abhängig gemacht (Art. 842 II) oder auf höchstens fünf Jahre überhaupt ausgeschlossen werden (Art. 843 I), obwohl auch während dieser Frist eine Austrittserklärung aus wichtigen Gründen möglich ist (Art. 843 II). Der Austritt kann im übrigen, unter Vorbehalt von mildernden Statutenbestimmungen, nur auf Schluß des Geschäftsjahres

¹⁵⁶ Hohe Konventionalstrafen (vgl. z.B. BGE 39 II 257 und Bieri 65 ff.), Kautionen usw. Vgl. auch Schärer 144 ff. und Blum a.a.O. 110 ff.

¹⁵⁷ Die Kartellmitglieder werden dabei nicht nur verpflichtet, ihnen zur Kenntnis gelangte Vertragsverletzungen anzuzeigen, sondern auch ihre in Betracht kommenden Geschäftsbücher, Korrespondenzen usw. den Kontrollorganen jederzeit zur Einsicht vorzulegen; vgl. Schärer 155 und Brunner 8, Anm. 10.

¹⁵⁸ Friedländer 338/39. Zur Bedeutung der Beteiligungsziffer Reber, Ernst. Die rechtliche Behandlung der Beteiligungsziffer im Kartell, Diss. Zürich 1932.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Siegwart, N 25 ff. zu Art. 545/47 und Schlatter 108 ff.

¹⁶⁰ Zum Austritt aus der Kartellgenossenschaft vgl. insbes. Schlatter 122 ff. und Bieri 53 ff.

und unter Beobachtung einer einjährigen Kündigungsfrist stattfinden (Art. 844). Noch günstiger für die Erhaltung des Kartells stellt sich die gesetzliche Ordnung der GmbH, für welche der Grundsatz der Unkündbarkeit statuiert wurde¹⁶¹. Die Statuten können allerdings den Gesellschaftern ein Recht auf Austritt einräumen, dieses aber von bestimmten Bedingungen abhängig machen (Art. 822 I). Ohne eine solche statutarische Milderung steht dem einzelnen Gesellschafter bzw. Kartellmitglied nur ein Klagerecht auf Bewilligung des Austritts oder Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu (Art. 822 II)¹⁶².

Aus diesen vorstehend umschriebenen Elementen ergibt sich nun die mehr oder minder starke *Kartellbindung*, welche für die Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht im Einzelfall grundlegend und maßgebend ist¹⁶³. Eine so intensive Bindung, daß daraus von vornherein eine Aufschlußpflicht begründet wird, ist aber — insbesondere in der Schweiz — die Ausnahme¹⁶⁴. In der Regel bewirkt das Kartell eine viel losere Bindung als konzernrechtliche Abhängigkeits-, ja selbst als konzernrechtliche Bindungsverhältnisse, dies umso mehr als sich die Kartellierung meistens nur auf Teilgebiete der angegliederten Unternehmen erstreckt. Daraus folgt, *daß die Kartellbindung grundsätzlich keine aktienrechtliche Aufschlußpflicht involviert*. Sache der Untersuchung des Einzelfalles wird es sein, die die Intensität der Kartellbindung vorwiegend beeinflussenden Faktoren

¹⁶¹ Vgl. Schlatter 112 ff. und Bieri 90 ff.

¹⁶² Ein wichtiger Grund wird im Kartellrecht ganz allgemein dann vorliegen, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden, insbes. in bezug auf die Produktion, den Absatz und die Preisgestaltung unbillig eingeschränkt wird (vgl. § 8 KVO und Schröter, Kurt: Der Rücktritt vom Kartell, Diss. München 1927, 3 ff.). Weitere Grundsätze des deutschen Kartellgerichtes zur Umschreibung des wichtigen Grundes: Grundsatz der Unzumutbarkeit, der Rechtfertigung, der Kartelltreue und der Erfüllungsmöglichkeit (vgl. eingehend Schröter a.a.O. 92 ff.). Im schweizerischen Recht findet die Beschränkung der Austrittsfreiheit ihre Grenze jedenfalls an der Schranke der *clausula rebus sic stantibus* (vgl. insbes. Lütshg 56 ff.). Vgl. auch BGE 40 II 239, 50 II 486, 51 II 168, 222 ff., 440, 56 II 54; ferner Schärer 117 ff., Grischott (zit. vorne 284, Anm. 144) 67/8, Blum a.a.O. 83 ff. und insbes. Schlatter 97 ff.

¹⁶³ Das Ausmaß dieser Bindung, also insbes. des Kartellzwanges und der Beschränkung der Austrittsfreiheit, unterliegt im übrigen den Schranken von Art. 20 und den Anforderungen von Art. 27 und 28 ZGB; vgl. dazu Egger, N 64 ff., zu Art. 28 ZGB und N 10 zu Art. 52 ZGB; BGE 31 II 914, 34 II 246 ff., 39 II 546; Grischott a.a.O. 62 ff., Gysin 413 ff., Lütshg 17 ff.

¹⁶⁴ Trotzdem das rev. schweizerische Gesellschaftsrecht den Kartellen Rechtsformen zur Verfügung stellt, welche die Steigerung der inneren Bindung bis zu einem Grade ermöglicht, der den meisten anderen Ländern unbekannt sein dürfte (Gysin 420). Straffe Formen der Kartellierung findet man vor allem bei den Industriekartellen, welche aber in der Schweiz nicht sehr zahlreich sind; vgl. ein Beispiel einer weitgehenden Bindung (Zementkartell) bei Marbach (zit. vorne 286, Anm. 155) 183 ff. Zum Grad der Kartellierung in der Schweiz auch Eggmann 58 ff.

— also insbesondere die rechtliche Organisationsform und das damit zusammenhängende Ausmaß des inneren Kartellzwanges und der Beschränkung der Austrittsfreiheit — genau abzuwägen, um danach das Bestehen oder Nichtbestehen und bejahendenfalls den Umfang der Auskunftserteilung zu bestimmen.

Dabei darf die Bezeichnung der Organisationsform oder die wirtschaftliche Aufgabe des betreffenden Kartells nur sehr vorsichtig als Indiz für diese oder jene Entscheidung verwertet werden, obwohl auch diese Faktoren gewisse Wertmaßstäbe zur Bestimmung des Ausmaßes der Bindung zu geben vermögen. So wird man zu den *Kartellformen*, welche ihrer straffen Organisation und der entsprechend intensiven Bindung wegen erfahrungsgemäß eine Aufschlußpflicht in einer angegliederten AG begründen, die als höchste Stufe der kartellrechtlichen Organisation geltenden Syndikate zählen dürfen, denen teilweise auch die Generalkartelle gleichgestellt werden können. Ferner sind dazu auch die staatlichen Zwangskartelle zu zählen, welche regelmäßig mit weitgehenden Zwangsmitteln auch gegenüber den Mitgliedern ausgestaltet sind, sodaß sich daraus eine sehr intensive Bindung ergibt¹⁶⁵. Was schließlich noch den *wirtschaftlichen Zweck* und seinen Einfluß auf die Intensität der Bindung anbetrifft, so kann dabei wegleitend sein, daß Kartelle ohne Kontingentierung (Konditionen-, Kundenschutz-, Preis- und Gebietskartelle)¹⁶⁶ im allgemeinen eine wesentlich schwächere Bindung der einzelnen Mitglieder bewirken, während die Kontingentierungskartelle — welche wiederum in Kartelle niedriger Stufe (reine Kontingentierungskartelle, auch Auftragsverteilungskartelle) und höherer Stufe, die sich der straffen Form der Syndikate (Kontingentierungskartelle mit Zentralisation, Verkaufskartelle, Lieferungs- und Vermittlungssyndikate) nähern —, ferner etwa auch Submissions- oder Verdingungskartelle und Gewinnverteilungskartelle viel intensiver organisiert sind¹⁶⁷. Maßgebend für die Begründung der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht muß aber immer und vor allem die *Intensität der der Kartellgemeinschaft entspringenden Bindung* sein.

¹⁶⁵ Zu diesen teilweise außerordentlich weitgehenden Beschränkungen der Rechte der einzelnen Mitglieder («komplementärer Zwang», Brunner 88) vgl. Brunner 86 ff., insbes. 89 ff. zur Verhinderung des Austritts. Zum Begriff des Zwangkartells Brunner 48 und 117, zur Rechtsnatur 207 ff.

¹⁶⁶ Die Kartellverpflichtungen bestehen hier vor allem in der Vereinbarung gewisser Unterlassungspflichten.

¹⁶⁷ Zu den einzelnen Kartellarten und ihrer Bedeutung Naegeli I 64 ff. und Marbach a.a.O. 123 ff. Zur Umschreibung der höheren und niederen Stufen Liefmann II 41 ff.

Zu erwähnen ist schließlich noch, daß das *deutsche Aktiengesetz*, das in § 112 I DAG eine Auskunftspflicht über «Konzernunternehmen» statuiert, keine entsprechende Pflicht in bezug auf die Kartelle kennt, denn die kartellrechtlichen Organisationsformen fallen nicht unter den Begriff des Konzernunternehmens im Sinne von § 15 I DAG, da sie das für diesen Begriff wesentliche Element der einheitlichen Leitung nicht oder doch nur hinsichtlich bestimmter Funktionen der einzelnen Unternehmen enthalten¹⁶⁸. Für die Kartelle besteht daher im deutschen Recht nur die in § 128 II Ziff. 9 DAG in bezug auf den Geschäftsbericht statuierte Publizitätspflicht.

c) Der Umfang der Auskunftserteilung in Koordinationsverhältnissen

Zusammenfassend gelangt man somit — im Gegensatz zu den Subordinationsverhältnissen — zum Ergebnis, daß in konzern- und kartellrechtlichen Koordinationsverhältnissen eine aktienrechtliche Aufschlußpflicht grundsätzlich nicht besteht, weil die den Koordinationsverhältnissen eigene Bindung in der Regel nicht so intensiv ist, daß sie im Hinblick auf die gesamte Lage, insbesondere die Vermögenslage und die Geschäftsführung der gebundenen AG als erheblich im Sinne von Art. 697 bezeichnet werden könnte. Die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen Glieder einer Unternehmenszusammenfassung wird m.a.W. von Koordinationsverhältnissen regelmäßig nicht so sehr tangiert, daß damit von vornherein eine Pflicht zur Auskunftserteilung begründet würde. Im Gegenteil ist dort, wo diese wirtschaftliche Selbständigkeit gewahrt ist, die Art und das Ausmaß einer allfällig bestehenden Bindung zu den qualifizierten Gesellschaftsgeheimnissen zu zählen und etwa in die Kategorie «wichtige Verträge» einzuordnen¹⁶⁹. Die Aufschlußpflicht beginnt in Koordinationsverhältnissen somit erst dort, wo die *wirtschaftliche Unselbständigkeit offenbar* ist oder sich aus einer Untersuchung und Abwägung aller die Intensität der Bindung bestimmenden Faktoren als *erheblich* ergibt.

Demgemäß ist auch der *Umfang der Auskunftserteilung* in Koordinationsverhältnissen beschränkter als in Subordinationsverhältnissen. Die Aufschlußpflicht erstreckt sich einmal nur auf die Art der Bindung, die Beziehungen zu und die Verhältnisse einer eventuell beste-

¹⁶⁸ Ebenso Schlegelberger/Quassowski, Anm. 8 zu § 15 DAG.

¹⁶⁹ Vgl. vorne 154 und 259/60.

henden höheren Einheit, des Verbandes oder der Zentralstelle. In allen diesen Fällen bewegt sich der Umfang der Offenlegung im Rahmen der für die Subordinationsverhältnisse angeführten Richtlinien. Besteht keine solche Gemeinschaftsspitze, so beschränkt sich der Umfang der Auskunftserteilung auf die Auswirkungen der Zugehörigkeit zum Koordinationsverhältnis in der eigenen berichtenden Gesellschaft, auf die eingegangenen Verpflichtungen, die Intensität der Bindung und das Ausmaß der noch bestehenden Handlungsfreiheit. Dabei müssen die Vor- und Nachteile des Beitrittes sowie die Mittel der Bindung im einzelnen offengelegt werden, soweit dies zur Begründung des Beitrittes gegenüber den Aktionären notwendig ist und insofern die Bindung überhaupt von Bedeutung ist. Die Aufschlußpflicht erstreckt sich jedoch im Gegensatz zu den Subordinationsverhältnissen grundsätzlich nicht auf die inneren Verhältnisse anderer, dem Koordinationsverhältnis ebenfalls angehörender Mitglieder, da — abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit, diesbezügliche Informationen zu erlangen — in Koordinationsverhältnissen das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit grundsätzlich nicht mehr angenommen werden kann. Stellt sich die Bindung jedoch ausnahmsweise als sehr intensiv dar und ist demgemäß die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen gebundenen Unternehmen sehr beschränkt, so besteht aus den vorher für die Subordinationsverhältnisse angeführten Gründen auch eine Aufschlußpflicht über die inneren Verhältnisse der einzelnen koordinierten Gesellschaften und übrigen Mitglieder. Im Falle des Bestehens einer höheren Einheit ist diese namentlich anzugeben und nicht etwa nur allgemein auf die Zugehörigkeit zu einer solchen Gemeinschaft hinzuweisen. Dagegen kann die Mitteilung von Einzelheiten — etwa die Angabe der Beteiligungsquoten — nur ganz ausnahmsweise, d.h. nur bei sehr intensiver Bindung und dadurch bewirkter weitgehender Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit, verlangt werden¹⁷⁰.

Was schließlich noch das Verhältnis der aktienrechtlichen Aufschlußpflicht zu besonderen *kartellrechtlichen Geheimhaltungspflichten*, wie sie sich hauptsächlich in Kampfkartellen finden, bzw. den Vorrang einer dieser beiden einander grundsätzlich entgegengesetzten Pflichten anbetrifft, so kann darüber doch wohl nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände und insbesondere einer Ab-

¹⁷⁰ Immerhin muß doch Aufschluß gegeben werden, ob z.B. die Beteiligungsquote an einem Kartell oder einer Gewinngemeinschaft usw. günstig oder ungünstig ist.

wägung der beidseitig bedrohten Interessen entschieden werden¹⁷¹. Auf jeden Fall hört die aktienrechtliche Aufschlußpflicht dort unbedingt auf, wo Interessen der berichtenden Gesellschaft selbst auf dem Spiele stehen.

Die Umfangsbestimmung der Auskunftserteilung in Koordinationsverhältnissen wird denn auch weitgehend Ermessensfrage bleiben müssen, die letzten Endes vom Richter unter Abwägung der Erheblichkeit der Bindung bzw. der Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit im konkreten Fall einerseits und der Interessen der Gesellschaft an einer angemessenen Geheimsphäre (Art. 697 III) andererseits zu entscheiden sein wird. *Die aktienrechtliche Auskunftserteilung in konzern- und kartellrechtlichen Koordinationsverhältnissen* erstreckt sich jedenfalls — immer unter Vorbehalt der früher umschriebenen Schranken jeder aktienrechtlichen Offenlegung — auf alle Tatsachen und Vorgänge, welche für die Beurteilung der Lage der berichtenden Gesellschaft im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft von erheblicher Bedeutung sind¹⁷².

V. ZUSAMMENFASSUNG

Die aktienrechtliche Auskunftserteilung in Unternehmenszusammenfassungen baut sich somit zusammengefaßt auf den folgenden Grundsätzen auf:

1. Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen ist über die ordentliche Handelsgesetzgebung hinausgewachsen¹⁷³. Vor der Anpassung der Gesetzgebung an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse¹⁷⁴ muß das ordentliche Gesellschaftsrecht sinngemäß auch

¹⁷¹ Für ein grundsätzliches Vorgehen der Geheimhaltungspflicht Pinner, Anm. 21 zu § 260 HGB; für den Vorrang der aktienrechtlichen Berichterstattungspflicht Gadow, Anm. 14 zu § 128 DAG.

¹⁷² Eine Aufschlußpflicht über «Kartellbindungen» wird in der schweizerischen Literatur lediglich — jedoch nur beiläufig und ohne irgendwelche Begründung — von Müller, 102, vertreten.

¹⁷³ Ähnlich Haußmann, Grundlegung, 25: Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen stellt sich «als eine Fortentwicklung des Handelsrechts in Anpassung an die veränderten Zeitverhältnisse auf der Grundlage der alten Handelsrechtsmaterien dar».

¹⁷⁴ Unter dieser Anpassung ist jedoch nicht die Schaffung einer neuen Rechtsdisziplin, sondern nur der Erlaß einzelner, sich notwendig erweisender Bestimmungen — insbes. Publizitätsvorschriften — zu verstehen.

auf die rechtliche Gestaltung der Unternehmenszusammenfassungen und deren Wirkungen angewendet werden.

Eine als AG organisierte Gesellschaft bleibt demgemäß auch im Rahmen einer irgendwie gearteten Unternehmenszusammenfassung Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Es müssen auf sie deshalb ungachtet ihrer Zugehörigkeit zu einer höheren Einheit die spezifischen aktienrechtlichen Vorschriften grundsätzlich ohne Abweichung wie auf eine unabhängige, nicht gebundene AG angewendet werden.

Bezüglich der aktienrechtlichen Auskunftserteilung gilt somit auch im Falle der einer Unternehmenszusammenfassung angehörenden AG die gesetzliche Regelung von Art. 697 in sinngemäßer, die veränderten Verhältnisse berücksichtigender Auslegung.

2. Grundlegend und maßgebend für die Begründung der Pflicht zur Auskunftserteilung ist das auf Grund der rechtlichen Beziehungen und insbesondere nach den tatsächlichen Verhältnissen festgestellte Maß der wirtschaftlichen Unselbständigkeit bzw. der Grad der diese bestimmenden Abhängigkeit oder Bindung.

Die aktienrechtliche Aufschlußpflicht wird dementsprechend dort begründet, wo das betreffende Subordinations- oder Koordinationsverhältnis bzw. die von ihm bewirkte Abhängigkeit oder Bindung im Hinblick auf die gesamte Lage, insbesondere die Vermögenslage und die Geschäftsführung der in Frage stehenden einzelnen Gesellschaft bzw. deren Beurteilung von erheblicher Bedeutung im Sinne des Gesetzes ist.

Die Erheblichkeit der in Betracht fallenden Tatsachen bestimmt sich im konkreten Fall nach der Intensität der bestehenden Abhängigkeit oder Bindung¹⁷⁵, d.h. nach dem Ausmaß der sich aus einer Untersuchung und Abwägung aller Intensitätsfaktoren festgestellten wirtschaftlichen Unselbständigkeit.

Die wirtschaftliche Unselbständigkeit ist die Regel in Subordinationsverhältnissen; es besteht daher

- a) in Subordinationsverhältnissen grundsätzlich eine Pflicht zur Auskunftserteilung.

¹⁷⁵ Vgl. zur Abstufung der Intensität auch die Gliederung bei Naegeli I 275 ff., der die Unternehmenszusammenfassungen in absteigendem Intensitätsgrad wie folgt einteilt (die Fusionsunternehmen als Einheitsunternehmen weggelassen): Totale Gemeinschaften — Verflechtungsgemeinschaften — Funktionsgemeinschaften — Geschäftsgemeinschaften — Unternehmervereinigungen.

Die wirtschaftliche Unselbständigkeit ist die Ausnahme in Koordinationsverhältnissen; es besteht daher

- b) in Koordinationsverhältnissen grundsätzlich keine Pflicht zur Auskunftserteilung.

3. *Die aktienrechtliche Aufschlußpflicht über Unternehmenszusammenfassungen erstreckt sich allgemein in Subordinationsverhältnissen auf alle im Hinblick auf die gesamte Lage der berichtenden Gesellschaft erheblichen Tatsachen und Vorgänge, die sich zwischen der berichtenden AG und den übrigen angegliederten Gesellschaften einerseits sowie in diesen Gesellschaften anderseits ereignen, und in Koordinationsverhältnissen auf alle Tatsachen und Vorgänge, welche für die Beurteilung der gesamten Lage der berichtenden Gesellschaft im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft von erheblicher Bedeutung sind, soweit der Auskunftserteilung keine berechtigten Interessen der Gesellschaft entgegenstehen*¹⁷⁶.

4. Der Umfang der Auskunftserteilung im Einzelfall ist nach den besonderen konkreten Verhältnissen im Hinblick auf die Erheblichkeit des einzelnen Aufschlusses zu bestimmen und hat jedenfalls insofern über den Rahmen der einzelnen Gesellschaft hinauszugehen, als dies zu einer sachlichen Aufklärung über die eigenen Verhältnisse der betreffenden AG notwendig ist.

¹⁷⁶ Vgl. auch die allgemeine Umschreibung vorne 201/2.

Schlußfolgerungen de lege ferenda

Es war das Bestreben der vorstehenden Ausführungen über das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung und die damit zusammenhängenden Probleme, Art. 697 eine Anwendung zu geben, die allen Interessen gerecht zu werden vermag. Dabei hat sich jedenfalls gezeigt, daß dieses Ziel auf der Grundlage des gegenwärtigen Wortlautes erreicht, also der Schutz aller berechtigten Aufschlußansprüche des Aktionärs und der Schutz der Gesellschaft vor Schädigung durch die Auskunftserteilung verwirklicht werden kann. Auch die Rechtsprechung scheint sich auf dem rechten Weg zu einer zweckentsprechenden und richtigen Auslegung des Gesetzes zu befinden. Der Versuch einer Neuordnung von Art. 697 de lege ferenda erscheint deshalb eigentlich nicht unbedingt notwendig.

Das darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, daß die heutige Regelung des Rechts des Aktionärs auf Auskunftserteilung immer noch lückenhaft ist und zum Teil der notwendigen und dringend erwünschten Klarheit ermangelt¹. Die eingehende Untersuchung der mit dem Aufschlußrecht des Aktionärs zusammenhängenden Fragen hat denn auch klar gemacht, daß an verschiedenen Stellen von Art. 697 Möglichkeiten zu *Verbesserungen und Verdeutlichungen* bestehen. Was vorerst Art. 697 I anbetrifft, so fehlt darin einmal die ausdrückliche Statuierung der Pflicht der Verwaltung zur Auskunft. Abgesehen davon ist aber dieser erste Absatz auch allgemein kaum glücklich formuliert; er erinnert unnötigerweise an das vieldeutige «Fragerecht», denn das Recht, die Kontrollstelle «aufmerksam zu machen», bedarf sicherlich keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung². In bezug auf Art. 697 II hat sich aus der Betrachtung des Einsichtsrechts ergeben, daß dieses in seiner heutigen Ausgestaltung einer ausdrücklichen Regelung nicht bedarf, weil es in diesem beschränkten Umfang auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift ohne weiteres besteht — anderseits aber einer Ausdehnung dieses für die AG schon an sich weitgehenden Rechts aus prinzipiellen Gründen nicht zugestimmt werden kann. Was sodann Art. 697 III anbetrifft, so fehlt darin vorerst eine Klagefrist für die Anrufung des Richters. Darüber hinaus erscheint aber auch das dem Richter zur Durchsetzung des Aufschlußanspruchs des Aktionärs zustehende Verfügungsrecht als etwas zu sehr eingeeengt,

¹ Ebenso Hug, Revision, 97 und Goldschmidt 99.

² Ebenso Protokoll 313 und Grünpeter 153; vgl. auch vorne 22/3.

sodaß sich auch in dieser Richtung eine allgemeinere Fassung empfiehlt, die dem Richter bezüglich der Gestaltung der richterlichen Auskunftserteilung unter Vorbehalt der Schranken der Interessen der Gesellschaft freie Hand läßt. Nicht notwendig erscheint dagegen die Wiederaufnahme der Vorschrift über die Einführung eines summarischen Verfahrens zur Behandlung der klageweise durchzusetzenden Aufschlußansprüche³, weil die meisten Kantone das Durchsetzungsverfahren schon nach den Intentionen des Gesetzgebers ausgestaltet haben. Allgemein ist ferner in bezug auf die drei erwähnten Absätze zu beanstanden, daß der heutige Wortlaut von Art. 697 bezüglich der Schranken der Auskunftserteilung ohne Notwendigkeit verschiedene Begriffe verwendet, die aber doch das gleiche bedeuten sollen. Was schließlich noch Art. 697 IV anbetrifft, so mag dieser Absatz aus traditionsgebundenen Gründen beibehalten werden, weil der Gesetzgeber von 1937 auf diese ausdrückliche Gewährleistung des Kontrollrechts der Aktionäre offenbar besonderes Gewicht gelegt hat, was im übrigen nicht unnötig sein mag, obwohl sie im Hinblick auf die umfassende Umschreibung von Art. 646 an und für sich als entbehrlich erscheint.

Nicht notwendig erscheint ferner die Aufnahme eines Vorbehaltes bezüglich der Auskunftserteilung über die stillen Reserven in Art. 697, weil diese vom allgemeinen Aufschlußrecht abweichende Sonderregelung durch Art. 663 III genügend zum Ausdruck gebracht wird und die Bekanntgabe stiller Reserven sowieso als gegen die Interessen der Gesellschaft verstoßend zu betrachten wäre. Abzulehnen ist schließlich eine besondere Bestimmung über die Auskunftserteilung in und über Unternehmenszusammenfassungen entsprechend der Regelung des deutschen Aktiengesetzes in Art. 697 aufzunehmen, weil sich diese Aufschlußpflicht im schweizerischen Aktienrecht bei sinngemäßer Auslegung schon aus dem jetzigen Geestzeswortlaut ergibt⁴.

Diese Ueberlegungen führen zum folgenden Versuch einer *Neufassung des Art. 697 de lege ferenda*⁵:

³ Vgl. Art. 695 III Entw. III und vorne 26 und 227/28.

⁴ a.M. Lehner 100, Anm. 20. Für die Notwendigkeit des Erlasses besonderer Bestimmungen mit Bezug auf allgemeine Fragen im Recht der Unternehmenszusammenfassungen (Publizitäts-, Kontrollvorschriften usw.) vgl. eingehend vorne 246 ff.

⁵ Vgl. dazu auch die (anderslautenden) Vorschläge von Ronner 45 und Lasserre 160/61. Aus stilistischen Gründen empfiehlt sich, «Auskunftserteilung» anstatt «Auskunfterteilung» zu verwenden.

«2. Auskunftserteilung.

Die Aktionäre sind berechtigt, von Verwaltung und Kontrollstelle über alle für die Beurteilung der gesamten Lage der Gesellschaft und insbesondere die Ausübung des Kontrollrechts erheblichen Tatsachen Aufschluß zu verlangen, soweit durch die Auskunftserteilung keine schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft verletzt werden.

Wird die Auskunftserteilung verweigert, so hat der Richter auf Ansuchen des Aufschluß begehrenden Aktionärs die für die Durchsetzung des Rechts auf Auskunftserteilung geeigneten Maßnahmen anzuordnen. Durch diese Verfügung dürfen die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet werden.

Das Klagebegehren ist innert zehn Tagen seit Abhaltung der Generalversammlung zu stellen und hat die Tatsachen, über welche Aufschluß verlangt wird, genau zu bezeichnen.

Das Kontrollrecht der Aktionäre kann weder durch die Statuten noch durch Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans aufgehoben oder beschränkt werden.»

Im übrigen gelten die schon anläßlich der parlamentarischen Beratung in den dreißiger Jahren zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Ueberlegungen, die in der *Ablehnung jeglicher Polizeigesetzgebung im Aktienrecht* gipfelten⁶, auch heute noch. Die trotz vielen guten Ideen doch zur Hauptsache von einem weitgehenden Etatismus beeinflussten, ja beherrschten Lösungen des neuen englischen Aktienrechts⁷, können nicht die Lösungen des auf den Grundsätzen des Liberalismus und Individualismus aufgebauten schweizerischen Aktienrechts sein. Was H u g⁸ schon 1934 sagte, ist auch heute noch zu unterstreichen: «Ein weitherziger liberaler Grundzug ist auch dem Aktienrecht eigen. Es beruht nicht auf einer aus Mißtrauen geborenen und von Verdacht durchtränkten Gesetzgebung, sondern auf einem Gesetz, das auf die Ehrlichkeit, Anständigkeit und Vertrauenswürdig-

⁶ Vgl. dazu Berichterstatter Thalmann, Sten.Bull. St.R. 1931, 146, 359/60, 410, insbes. 392 («Es soll in diesem Zusammenhang erneut auf die Erfahrungstatsache verwiesen werden, daß für Anstand und Moral im Geschäftsleben eine Polizeigesetzgebung wenig Garantien bietet. Die Nachteile sind größer als die Vorteile.») und Berichterstatter Scherer, Sten.Bull. N.R. 1934, 224, 273, insbes. 262. Vgl. auch Bürgi, N 2 zu Art. 662/63.

⁷ Vgl. NZZ, Nr. 1137 vom 25. Juli 1945, Nr. 1295 vom 21. Juli 1946 und insbes. Nr. 1300 vom 22. Juli 1946.

⁸ Revision 18.

keit der Unternehmerpersönlichkeit aufgebaut ist und den Ordnungskräften im Volk vertraut. Dieses Aktiengesetz will bewußt der AG ein weites Maß von Bewegungs- und Betätigungsfreiheit einräumen. Es ist daher nach seiner Auffassung nicht Aufgabe des Staates, das Wirtschaftsleben in Fesseln zu schlagen, vor allem nicht, soweit die innere Ordnung der wirtschaftlichen Organisationsformen in Frage steht.»

Gerade auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung und auf jenem der aktienrechtlichen Publizität überhaupt liegt die vornehmste Aufgabe des Gesetzgebers schließlich im *Ausgleich der gegensätzlichen Interessen*, unter Ausschaltung jeglicher extremer Lösungen nach dieser oder jener Seite⁹. Dieser Kompromiß zwischen berechtigten Offenlegungsansprüchen der Aktionäre und berechtigten Geheimhaltungsansprüchen der Gesellschaft kann nur auf der Grundlage eines Vorranges der Interessen der Gesellschaft erfolgen, weil mit der richtigen Förderung der AG zugleich auch den schutzwürdigen Aktionär- und Gläubigerinteressen gedient ist. Das Aktienrecht muß daher in erster Linie ein Recht der Aktienunternehmung sein; es «soll ihre Bildung erleichtern, ihren Bestand sichern, ihre Bewegungsfreiheit gewährleisten, ihr in schweren Zeiten Beistand leisten und ihr die zur Erhaltung und weiteren Lebensfähigkeit erforderlichen rechtlichen Mittel und Wege zur Verfügung stellen»¹⁰. Deshalb muß auch auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung an erster Stelle der *Schutz der Gesellschaft* stehen.

Mit einem Kompromiß zwischen den oft gegensätzlichen Interessen sind aber die durch die Wirklichkeit des aktienrechtlichen Wirtschaftslebens erzeugten Spannungen noch nicht aufgehoben¹¹. Wesentlich und schließlich ausschlaggebend für die Bewährung der gesetzlichen Regelung ist nicht der Wortlaut der oder jener gesetzlichen Vorschrift; wichtig ist allein der die Anwendung der gesetzlichen Normen tragende Geist. Das bedeutet auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung und der aktienrechtlichen Publizität überhaupt die Notwendigkeit des Bestehens eines *Vertrauensverhältnisses* zwischen Gesellschaft bzw. Verwaltung und Aktionären. Ist diese Voraussetzung gegeben, dann können einerseits der Leitung der Gesellschaft weitgehende Kompetenzen unbedenklich eingeräumt werden, es kann von ihr aber auf der andern Seite auch verlangt werden, daß sie dem Aktionär genügend Vertrauen entgegenbringt, um ihm hinsichtlich seiner berechtigten Aufschlußansprüche entgegenzukommen. Gerade

⁹ Vgl. dazu auch Siegwart, Buchführung, 264 a.

¹⁰ Egger, SJZ 21 (1924/25) 346/47; ebenso BGE 51 II 427 und 53 II 231.

¹¹ Ebenso Hug, Revision, 32/3.

weil der Verwaltung im modernen Aktienrecht in mancher Hinsicht freie Hand gelassen werden muß, um die Gesellschaft den sich ständig wandelnden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen und sich im gegenwärtigen unbarmherzigen Konkurrenzkampf halten zu können, besteht auch ein gesetzespolitisches Interesse dafür, daß sich der Aktionär seines Rechts auf Auskunftserteilung als *Element der Kontrolle* bewußt wird¹².

An der zwingenden Notwendigkeit einer weitgehenden, kulanten und offenen Auskunftserteilung — und zwar gerade über jene Punkte, die zur Kritik oder Gerüchtebildung Anlaß geben — kann jedenfalls kein Zweifel bestehen, denn «nichts ist schädlicher in Staat und Wirtschaft als das Unausgesprochene, der unterdrückte Vorwurf, die beschönigte Tat»¹³. Nur auf diesem Wege können Verhältnisse geschaffen werden, die zur Befriedigung der Interessen aller Beteiligten gereichen und die Absicht des Gesetzgebers zu verwirklichen vermögen. Schließlich darf nie vergessen werden, daß eine ausreichende Auskunftserteilung Sicherung einer genügenden allgemeinen aktienrechtlichen Publizität und Sicherung des Minderheitenschutzes bedeutet. Nur schon um dieser positiven Auswirkungen willen, die — wie die amerikanische Entwicklung zeigt — von weittragender volks- und privatwirtschaftlicher Bedeutung sind, darf das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung weder gesetzgeberisch noch praktisch vernachlässigt werden.

¹² Anzeichen dazu sind vorhanden, vgl. u.a. NZZ, Nr. 1036 vom 17. Mai 1950. Die Zeiten, da das Aufschlußverlangen eines Aktionärs als «kleine Heldentat eines Kleinaktionärs» (Töndury, ZSR 34 NF [1915] 480) bezeichnet werden mußte, sollten jedenfalls endgültig vorbei sein.

¹³ Rathenau 28. Vgl. auch NZZ, Nr. 4 vom 4. Januar 1934 und Nr. 646 vom 28. März 1950. Es gibt im übrigen — das möge für die Praxis gesagt sein — auch auf dem Gebiet der aktienrechtlichen Auskunftserteilung und der Publizität überhaupt eine Kunst des Berichtens und eine Kunst des Verschweigens.

LEBENS LAUF

Am 18. Februar 1922 in Zürich geboren, besuchte ich hier die Primarschulen sowie die kantonale Handelsschule, die ich 1941 mit der Handelsmatur abschloß. Nach Absolvierung der militärischen Schulen und Leistung von Aktivdienst immatrikulierte ich mich im Sommer 1942 an der Universität Zürich. Nach acht Semestern, während welchen ich häufig Militärdienst leistete, mußte ich den Abschluß meiner Studien unterbrechen. Anschließend arbeitete ich auf einem Zürcher Anwaltsbüro. Seit dem Herbst 1948 bin ich als Gerichtssubstitut bzw. a.o. Sekretär bei den zürcherischen Gerichten (Bezirksgericht und Obergericht) tätig. Daneben schloß ich, nach einem längeren Unterbruch, meine Dissertation ab und bestand in der Folge die Prüfungen.

